Angelina Ferreyra de de la Rúa
Cristina González de la Vega de Opl

Teoría General del Proceso

Tomo II

Córdoba
2003

Advertencia

El segundo tomo de lo que hemos denominado Manual de Teoría General del Proceso *contiene los temas correspondientes a la última parte del programa de las cátedras* B *y* C*, aprobados oficialmente por la Facultad de* Derecho *de la* U.N.C..

Este trabajo que hoy entregamos nos corresponde en su autoría, pero hemos contado con la colaboración de integrantes de las cátedras. Por ello queremos agradecer el aporte efectuado por Patricia Verónica Asrin en los capítulos de Actos Procesales, Comunicación Procesal, Plazos Procesales y Sanciones. También la de los abogados María Clara Cordeiro y Leonardo González Zamar en los temas referidos a Discusión, Sentencia y Recursos Extraordinarios; de Anahí Sandiano, quien desarrolló el de Modos Anticipados de Conclusión del Proceso. Para no incurrir en omisiones y a modo de reconocimiento ya que no pudimos efectuarlo en la presentación del primer tomo, queremos recordar la participación de los abogados Manuel González Castro, en el tópico relativo a Sujetos Procesales y de Mauricio Zambiazzo y Silvana Naveda de Fantini, que en calidad de adscriptos, desarrollaron el tema Competencia Federal.

Por último, reiteramos la dedicatoria que hiciéramos en el primer tomo, en la que señalamos el impulso que nos otorgaron la comunidad de docentes y adscriptos de las cátedras B y C que participaron en el Seminario de Profundización de Teoría General del Proceso del año 2002 y que será repetido con nuevos temas y enfoques para el año 2003 y que aspiramos que se transforme en un hacer permanente en los años sucesivos.

Estamos convencidas de que tanto el Manual como el programa unificado que hemos trabajado y las guías de estudio, no pueden constituirse en una versión estática sino que deben ser enriquecidos con nuevos aportes en futuras ediciones.

Angelina Ferreyra de de la Rúa — *Cristina González de la Vega de Opl*

CAPITULO XII

Acción procesal

Sumario: 1. La acción procesal. 1.1. Acción, jurisdicción y excepción. 1.2. Concepto y caracteres de la acción procesal. 1.3. Núcleos problemáticos de la acción. 2. La pretensión. 2.1. Elementos de la pretensión. 2.2. Identificación de las pretensiones. 3. Acumulación de pretensiones. 3.1. Acumulación subjetiva de pretensiones. 3.2. Acumulación objetiva. 3.3. Admisibilidad y fundabilidad de las pretensiones. 3.4. Clasificación de las acciones. 4. Naturaleza jurídica. 4.1. Escuelas clásicas. Tesis monistas. 4.2. Escuela científica. Teorías dualistas (autonomistas). 5. Conclusión.

1. La acción procesal

El hombre vive en sociedad, y su vida de relación está regulada por el derecho, esto es por un conjunto de normas de conductas sustanciales y formales.

El derecho objetivo impone estas normas; sin embargo, su simple producción y dictado no resulta suficiente, pues los individuos pueden desconocerlas, por lo que debe preverse, además, el mecanismo para que sean respetadas.

El Estado, que es quien dicta el derecho y en cierto modo lo monopoliza en la época moderna, no sólo establece las sanciones para quien no cumpla con las normas de conducta estatuidas en el derecho objetivo y desconozca las facultades de otro miembro de la sociedad (derecho subjetivo), sino que, también, debe establecer los mecanismos para imponerlas [1].

(1) Véscovi, Enrique, *Teoría general del proceso*, Temis, Bogotá, Colombia, 1984, p. 3.

La violación de las reglas impuestas no es habitual porque la conducta umana en general se adecua al derecho, y ello es así porque las normas rídicas han tomado como medida las reglas sociales; es decir se basan n la experiencia, esto es en lo que habitualmente sucede en la vida cial de los individuos.

Por este motivo, y producto de pautas culturales que se transmiten a avés del tiempo, las controversias generalmente no se suscitan. El hombre iene una natural tendencia a cumplir el derecho y en definitiva aspira a la az social.

Ante la violación de las normas sustanciales, es el Estado quien debe roveer su tutela jurídica, y recomposición del orden jurídico con el dictado le normas formales para que se respeten las situaciones legítimas y se umpla con el derecho.

Ahora bien, las vías para la solución del conflicto se presentan de manera diferente. Cronológicamente, la evolución jurídica del derecho procesal ha llevado a que inicialmente se excluya la utilización de la fuerza. Para componer los conflictos entre particulares el Estado expropia la función sancionadora y, en sustitución de los particulares organiza los mecanismos necesarios para resolver las controversias y aplicar las sanciones por medio de la función jurisdiccional.

La primera alternativa que se presenta en el plano de los conflictos o de lo "no conflictos" es la realización directa del derecho; esto significa cumplimiento espontáneo de lo estatuido sin intervención de los órganos judiciales. Ello puede suceder solamente en el campo de los derechos disponibles. Piénsese, por ejemplo, en dos sujetos que disienten por el cumplimiento de una obligación alimentaria; puede ocurrir que ante la simple intimación de la contraria, el obligado al pago cumpla con la prestación en forma directa. Como se ve, no ha resultado necesaria la intervención de los órganos judiciales. Pero si el afectado ante el incumplimiento elige o se ve necesitado de utilizar vías coactivas, debe hacerlo por medio de los órganos jurisdiccionales previstos de antemano para la realización indirecta a través del proceso judicial.

Así, el poder de acción es reconocido inicialmente como consecuencia de la prohibición de autodefensa de los derechos por lo que se organiza el Poder Judicial, y se reconoce a diferentes sujetos (particulares o funcionarios públicos) el poder de requerir soluciones ante la justicia. Por eso la acción en el proceso civil viene a ser, en último término, el sustituto civilizado de la venganza y se manifiesta como la posibilidad de formular ante el tribunal alguna petición en contra de otro sujeto denominado demandado.

Diferente situación es la que se da en el ámbito del proceso penal, indisponible por regla, en el que sólo cabe la realización indirecta para la recomposición del orden jurídico; es decir, ante la comisión de un hecho delictuoso, se pone en marcha oficiosamente la actividad de los órganos judiciales tendiente a su investigación la que se llevará a cabo ante el fiscal o ante el juez de Instrucción.

En el campo del procedimiento laboral o familiar, en cambio, el acto de promoción inicial debe ser planteado por los interesados a través de la demanda, pero la diferencia respecto del civil se establece porque la composición del conflicto requiere generalmente de la intervención de los tribunales; ello sucede así atento la naturaleza no disponible de los derechos discutidos y la fuerte inferencia que en las soluciones tiene en el orden público.

Por otra parte es regla y garantía del derecho procesal que el juez no puede proceder de oficio (*ne proceda index ex oficio*). Por ello, en forma correlativa a la organización del poder jurisdiccional se reconocen los otros poderes de realización: la acción como poder requirente y la excepción como poder de defensa.

La acción es concebida como un derecho abstracto o un poder de reclamar la protección jurisdiccional por medio del proceso y se configura como la facultad del actor de promover la actividad del tribunal que posibilita y concreta un derecho a la jurisdicción.

Ahora bien, a los fines de delimitar correctamente el poder de acción los autores advierten sobre la necesidad de determinar cuál es su contenido y se perfila entonces la idea de pretensión que es lo que constituye lo que específicamente se reclama, esto es, el contenido concreto del poder de acción.

La acción procesal se presenta también como el poder jurídico que tiene todo sujeto de acudir a los órganos jurisdiccionales para reclamarles la satisfacción de una pretensión [2].

El vocablo acción proviene del latín *actio* y tiene múltiples acepciones. En el lenguaje común es utilizado con frecuencia y significa "Efecto de hacer; posibilidad o facultad de hacer una cosa y especialmente de acometer o de defensa; derecho que se tiene a pedir alguna cosa en juicio; modo legal de ejercitar el mismo derecho pidiendo en justicia lo que es nuestro o se nos debe" [3].

---

(2) Couture, Eduardo, *Fundamentos de derecho procesal*, Depalma, Bs. As., 1976, p. 57.
(3) Diccionario de la Real Academia Española, España, 1970, ps. 12 y 13.

En el campo del derecho sustancial la palabra es utilizada en casi todas sus ramas con diferentes significados (v.gr. el C.C habla de acción de separación personal o divorcio vincular, art. 227 C.C.; de acciones personales y reales, art. 497 C.C.; también de acciones de simulación o fraude, arts. 954 y 959 C.C.; de acciones posesorias, art. 2468 en adelante del C.C.). El Código Penal por su parte prevén acciones por calumnias o injurias, acciones dependientes de instancia privada (arts. 5°, 71, 72, 73, 75 C.P).

En el ámbito estrictamente procesal el concepto de acción fue utilizado sin unicidad, un tanto libremente; a veces como sinónimo de derecho; también se lo asimila a pretensión y por último se lo ha caracterizado como el poder o la facultad concedida al justiciable de requerir a la jurisdicción (poder jurídico).

Por ello se hace necesario delimitar su concepto y alcance pero previo a ello formularemos algunas precisiones.

Desde un punto de vista constitucional el poder de acción se presenta como una manifestación de la garantía acordada para el acceso a la justicia; en tal sentido significa "el poder de reclamar tutela de los órganos jurisdiccionales"; o como el medio de reclamar la actuación del Poder Judicial en forma de poder abstracto idóneo para ejercitar pretensiones concretas ante la jurisdicción y a través del medio técnico llamado proceso [4].

Sin embargo, la definición y precisión técnica del concepto en el campo procesal transcurre y se define en forma definitiva con la admisión del derecho procesal como ciencia, momento éste en el que se logra un sentido unitario y autónomo.

En síntesis, producida la violación del orden jurídico en el ejercicio del poder de acción se plantean diferentes alternativas:

1) En primer lugar que el afectado por la conducta ilícita no solicite la intervención de la justicia; esto es renuncie tácita o expresamente a reclamar; o que se resigne ante el incumplimiento.

2) También puede suceder que el orden se recomponga directamente sin intervención de la justicia. Tal sucede en el campo del derecho civil cuando luego de incumplir con una obligación, el vinculado contractualmente ante el reclamo extrajudicial ejecuta la prestación pertinente.

(4) Véscovi, Enrique, ob. cit., p. 7.

3) La tercera alternativa está dada por la situación de que el afectado requiera la intervención de los jueces con el fin de restablecer "indirectamente" el orden jurídico mediante el ejercicio del poder de acción por medio de una demanda o de otra forma de requerimiento. Esta última situación significa que el pretensor formula una petición a fin de que mediante un proceso ante los órganos jurisdiccionales se reestabiliza el orden jurídico alterado.

4) Por último, cabe señalar que se presentan situaciones en las que se torna ineludible la intervención del Poder Judicial para la recomposición jurídica. Tal sucede en el ámbito del derecho penal, familiar y laboral ya que los conflictos sólo pueden resolverse en sede jurisdiccional. Piénsese, por ejemplo, en el caso de un matrimonio que decide divorciarse. Pero el cambio en el estado civil de las personas sólo puede operarse por sentencia judicial dictada por juez competente (art. 229 C.C.). Igual sucede en el ámbito del derecho laboral en el que, por ejemplo, la indemnización por un accidente de trabajo o el reclamo de reconocimiento de una incapacidad no puede ser renunciada ni transada extrajudicialmente y la situación debe necesariamente ser dilucida ante el juez o tribunal laboral.

Por ello puede decirse que el poder de acción, se manifiesta como la posibilidad de provocar el ejercicio de la "jurisdicción", y esta requisitoria puede ser formulada por particulares legitimados al efecto o por los integrantes del Ministerio Público.

1.1. Acción, jurisdicción y excepción

La acción procesal se presenta como un instrumento técnico inicial en la realización indirecta del derecho, y debe ejercerse ante un órgano público (juez) investido de jurisdicción y competencia, quien debe admitir o rechazar la petición que se le formule. Pero frente a la admisión jurisdiccional de la pretensión se advierte a otro sujeto involucrado (demandado o imputado) a quien debe reconocérsele el poder de defensa (excepción).

Acción, jurisdicción y excepción son poderes consagrados constitucionalmente y se encuentran unificados entre sí por medio del contenido sustancial del proceso. Se presentan como poderes de realización del derecho procesal que se entroncan en el proceso como estructura técnica jurídica.

La acción y la excepción en su ejercicio exhiben un paralelismo ya que contienen pretensiones subjetivas que se ejercitan ante el órgano jurisdiccional. Por medio de la acción y de la excepción se formulan pretensiones afirmativas o negativas fundadas en el derecho sustancial. A su vez, estos poderes se conectan entre sí a través de la jurisdicción. Ella es ejercida por un órgano público imparcial que tiene el deber de proveer objetivamente a las pretensiones de las partes. Estos tres poderes actúan en forma coordinada y complementaria para la realización jurídica del orden social.

Analizaremos estos poderes en orden cronológico, esto es como se presentan en la tramitación judicial. En primer lugar, se ejercita el poder de acción que puede ser esgrimido por un particular (proceso civil, familiar y laboral) o por un funcionario del Estado (proceso penal). Este poder se pone en acto ante el juez, solicitando su intervención para resolver un conflicto.

Estos poderes de realización, "acción, jurisdicción y excepción", encuentran fundamento y origen en reglas constitucionales, tienen una necesaria vinculación con el derecho sustancial y sus vías o caminos procesales son previstos por los códigos formales.

En efecto, en el primer aspecto la acción deriva del derecho constitucional de peticionar ante las autoridades, de la garantía del debido proceso legal y del principio de inviolabilidad de la defensa en juicio.

Por su parte, la petición que ante los tribunales se formule debe estar fundamentada en normas de derecho sustancial que es el que otorgará la "relevancia jurídica" que se requiere para el ejercicio de la pretensión.

Por último, el derecho procesal es el que establece los procedimientos como vías o caminos para su desenvolvimiento. Por ello se ha dicho que, en realidad, estos tres poderes de realización jurídica resultan unificados en su eficacia procesal a través del vínculo que representa el contenido del proceso [5].

Estos poderes son caracterizados y se identifica a dos como tales en los desarrollos efectuados por la escuela científica del derecho procesal. Recuérdese que Podetti en su trilogía estructural, elabora el concepto

(5) Clariá Olmedo, Jorge, *Derecho procesal*, Depalma, Bs. As., 1983, t. 2, p. 2.

procesal de acción, y lo vincula con el de jurisdicción y proceso. Esta idea básica y fundamental del derecho procesal es tomada, reformulada y completada por Clariá quien incluye el poder de excepción como indispensable e ínsito al proceso judicial.

Así se logra una concepción unitaria de la acción que es la que permite afirmar que ella existe y presenta caracteres propios y diferenciables sin que influya en nada la naturaleza jurídica de la norma violada.

1.2. Concepto y caracteres de la acción procesal

En el campo estrictamente procesal, el significado y alcance del vocablo acción ha variado en el tiempo y en el espacio. Sin embargo, gracias a los esfuerzos de la escuela científica, modernamente no se plantean contradicciones al respecto.

Alsina, desde un punto de vista privatista, caracteriza a la acción como el derecho del acreedor a obtener mediante el órgano judicial un bien jurídico que la ley le reconoce y que le es negado o desconocido por su deudor [6].

Desde otro punto de vista, Couture señala que la acción es el poder jurídico que tiene todo sujeto de derecho de acudir a los órganos jurisdiccionales para reclamarles la satisfacción de una pretensión [7].

En un concepto más completo y con el que coincidimos, la acción procesal se presenta como "el poder de presentar y mantener ante el órgano jurisdiccional una pretensión fundada en hechos jurídicamente relevantes con el fin de obtener una decisión concreta y en su caso conseguir la ejecución de la misma hasta su agotamiento" [8].

Efectuando un análisis de este último concepto, debe señalarse en primer lugar que como poder se manifiesta con la solicitud de actuación dirigida a los órganos jurisdiccionales, mediante la utilización de instrumentos técnicos adecuados (demanda, requisitoria fiscal); pero no se agota en un mero peticionar sino que además se requiere su mantenimiento hasta la

(6) Alsina, Hugo, *Tratado teórico práctico de derecho procesal, civil y comercial. Parte general*, Ediar, Bs. As., 1963, t. 1, p. 301.

(7) Couture, Eduardo J., *Fundamentos del derecho procesal civil*, Depalma, Bs. As., 1976, p. 58.

(8) Clariá Olmedo, *Derecho procesal*, ob. cit., t. 4, p. 300.

finalización del trámite por el dictado de la sentencia y su ejecución. También el tramite puede concluir por el truncamiento del proceso a través de cualquiera de los modos previstos en la ley (transacción, desistimento, sobreseimiento, allanamiento, etcétera).

Así, en el trámite civil de carácter prevalentemente dispositivo es indispensable el impulso inicial y también el posterior o de mantenimiento por parte del interesado; en cambio, en otros sistemas de realización del derecho con rasgos más inquisitivos se impone en algunos caos con limitaciones el impulso procesal oficioso. Tal sucede, por ejemplo, en el proceso laboral y de familia, en donde el impulso inicial es formulado por el actor (demanda laboral o de familia) pero posteriormente, es el juez quien mantiene vivo y da impulso al procedimiento hasta su efectiva finalización. En efecto, en estos fueros el impulso procesal es de oficio (véanse arts. 41 ley 7676 y 15 ley 7987).

En cambio, en el ámbito penal por el interés público que éste involucra se exige que la acción sea ejercitada por órganos del Estado.

Este trámite es puesto en marcha por un funcionario publico, quien no sólo promueve las actuaciones sino que además ordena las medidas necesarias de investigación y de prueba tendientes a la acusación. Como se ve, en este sector tanto el impulso inicial como el posterior es ejercitado por el Ministerio Público Fiscal.

Cabe señalar al respecto que el órgano estatal de la jurisdicción no permite en materia penal, sustitutivo de ninguna clase (no puede derivarse una cuestión para que sea resuelta por árbitros o amigables componedores). Sin embargo, el órgano estatal de la acción puede ser sustituido excepcionalmente cuando dicho poder se atribuye a los particulares ofendidos sin perjuicio de que éstos puedan actuar al lado del órgano oficial. Es el caso del querellante exclusivo art. 424 C.P.P. y del querellante particular arts. 91 y 7° C.P.P..

Los órganos estatales sólo tienen atribuido el ejercicio del poder, y actuarán conforme a las leyes procesales en calidad de funcionarios del Estado en su actividad judicial. Es claro que al poder en sí lo tiene el Estado mismo, como ente soberano y este no de confundirse con sus órganos, aun cuando sólo por ellos pueda manifestarse la función [9].

(9) Clariá Olmedo, Jorge, A., *Tratado de derecho procesal penal*, Ediar, Bs. As., 1964, p. 272.

Lo expresado nos hace concluir en que la acción procesal se presenta en primer lugar como un poder general con fundamento en la Constitucional Nacional.

Se trata de un poder de carácter abstracto pero no es mero derecho cartular desprovisto de contenido. A tal efecto, se hace necesario atribuirle un contenido (pretensión) y a la vez efectuar un deslinde en relación a otros institutos procesales que resultan correlativos y complementarios: la pretensión y la demanda, que representan respectivamente su contenido y su vía de realización.

Ello es así ya que la acción procesal se manifiesta como un poder de origen constitucional que se vincula con el orden sustancial a través de su contenido (pretensión). La pretensión se manifiesta por la invocación o afirmación de hechos jurídicamente relevantes conforme el derecho de fondo.

Por último, los actos promotores tales como la demanda o la requisitoria fiscal constituyen los instrumentos técnicos procesales previstos en los códigos.

Se manifiestan materialmente en actuaciones formales cuyos límites y condiciones han sido cuidadosamente precisados en los cuerpos adjetivos, tanto por la importancia que ellos tienen como acto de iniciación del proceso, como por la trascendencia que se les otorga en el sentido de que deben posibilitar el ejercicio de la defensa del demandado, y por cuanto la sentencia debe referirse a la situación planteada (congruencia).

Así, "acción, pretensión y demanda" son instituciones correlativas y que se vinculan en forma recíproca para explicar el fenómeno judicial, que no puede ser entendido de modo integral sino con la conjunción de tales conceptos: adviértase que la demanda consiste materialmente en un acto procesal formal y documental cuya presentación al juez implica el ejercicio de la acción y que resulta ser el continente de un contenido necesario: la pretensión [10].

Los cuerpos legislativos imponen de manera uniforme los requisitos que debe reunir la demanda, que por su trascendencia ella deben ser suficiente e idónea para operar como acto promotor del trámite. Nuestro

(10) Alvarado Velloso, Adolfo, *Introducción al estudio del derecho procesal*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1992.

C.P.C. exige que en la demanda se individualice clara y precisamente a los sujetos de la relación procesal (activo y pasivo); la enunciación de los hechos y el derecho en que se funda; la delimitación de la cosa que se reclama y la formulación definitiva de la petición (art. 175 C.P.C.).

En el trámite penal, en cambio, el acto de promoción efectiva se configura en principio con el requirimiento que formula el Ministerio Público Fiscal quien ejercita en nombre del Estado una pretensión penal. También en este caso la ley requiere que se identifiquen y determinen las condiciones personales del imputado, la relación circunstanciada de los hechos y del derecho, y la indicación de las diligencias que puedan resultar útiles a la investigación (arts. 341 y 355 C.P.P.).

La acción penal así no es diferente de la civil en cuanto a su naturaleza y origen sino en cuanto a su contenido ya que según sea el derecho de fondo se plantearan "pretensiones" de distinta naturaleza con fundamento en el Código Penal.

Por último, para completar el tema desarrollado señalamos cuáles son los caracteres propios de la acción procesal.

En primer lugar, puede decirse que es *autónoma*; ello significa que este poder existe con independencia del derecho material invocado que sirve de fundamento a la pretensión planteada. Tanto es así que puede promoverse efectivamente el poder de acción, tramitarse íntegramente un juicio y la sentencia resultar en definitiva desestimatoria de la pretensión deducida en juicio.

También debe señalarse que la acción procesal es de carácter pública, pues se dirige a un órgano público y persigue fines de idéntica naturaleza con independencia del fundamento sustancial, que sirve de base a la pretensión esgrimida. Es así que puede tener basamento en pretensiones publicas de derecho penal o privadas que hacen derecho privado común. Además, como todo el derecho procesal es *realizadora* del derecho de fondo.

1.3. Núcleos problemáticos de la acción

El ejercicio del poder de acción importa en primer lugar una condición para que la función jurisdiccional se ponga en movimiento hacia su destino

realizador. Es indispensable en tal sentido el acto promotor de la acción ya que rige la regla: *Nemo iudex sine actore* [11].

Definida la acción como el poder jurídico de hacer valer una pretensión ante el órgano jurisdiccional, es indispensable determinar sus ejes problemáticos para obtener una completa caracterización.

La primera cuestión se refiere a su autonomía; es decir se pretende establecer si este medio de obtener la tutela jurídica al que llamamos "acción" es el mismo derecho que se pretende hacer valer, considerado en su fase activa o si, por el contrario, es un derecho que existe y subsiste con independencia del derecho sustancial.

En segundo lugar, nos planteamos cuál es la vinculación entre el poder de acción y el derecho sustancial o si actúan prescindiéndose mutuamente.

Por otra parte, se debe determinar si la acción está en el campo del derecho privado o del derecho público y, en su caso, si el sujeto pasivo de la acción es el demandado, el juez o en definitiva el Estado.

Finalmente, se hace necesario precisar cuál es su contenido. El planteo apunta a que no obstante presentarse como un poder de características abstractas; es decir que se otorga con su independencia del poder sustancial a la parte, esto resulte hipotético debe tener sin embargo necesaria vinculación con el derecho subyacente aunque resulte hipotético. Nos estamos refiriendo a la precisión del concepto de pretensión como contenido del poder de acción.

Cabe señalar que no son éstas meras proposiciones intrascendentes, sino que resultan de innegable interés tanto teórico como práctico porque las respuestas que pueda dársele a estos ejes problemáticos constituyen la base de los diversos sistemas procesales que de la doctrina han pasado a la legislación positiva [12].

2. La pretensión

Aunque adherimos a la tesis que sostiene que la acción procesal constituye un poder abstracto sostenemos, además, que encuentra

(11) Clariá Olmedo, ob. cit., p. 242.

(12) Alsina, Hugo, *Tratado teórico práctico de derecho procesal, civil y comercial*, Ediar, Bs. As., 1965, t. 3 p. 301.

vinculación efectiva con el orden jurídico en general por su contenido "la pretensión".

La pretensión puede ser conceptualizada como "la afirmación por parte de actor o demandado de hechos jurídicamente relevantes" que se exponen en la demanda o contestación.

Se presenta entonces la acción como continente y la pretensión como contenido de una situación litigiosa determinada. Así, la pretensión se caracteriza como una declaración de voluntad que formula el requirente ante el órgano jurisdiccional en la que se afirma la violación de un derecho sustancial.

La pretensión así, está configurada por una afirmación que realiza un sujeto y no constituye una declaración de ciencia, o de conocimiento, ya que en ella sólo se expone lo que un sujeto quiere, y no lo que sabe o siente. De allí que se señale que el nombre adjudicado a la pretensión resulte preferible a otros, muchas veces empleados por la doctrina, tales como "afirmación" o "razón".

Desde otro ángulo, Palacio concibe a la pretensión como el "objeto del proceso" y advierte que la acción no debe ser confundida con la pretensión y que tampoco cabe identificar a la pretensión con la demanda, por cuanto esta última, lejos de constituir el objeto del proceso, no es más que un medio de promoverlo o, en otras palabras, un mero acto de iniciación procesal. Luego señala que acaso el motivo que principalmente ha impedido percibir la diferencia existente entre ambos conceptos deriva de la circunstancia de que, en la gran mayoría de los casos, la pretensión procesal se encuentra contenida en la demanda [13].

Así para este autor la pretensión procesal constituye el objeto del proceso contencioso y no su contenido y la define como el acto en cuya virtud se reclama ante un órgano judicial (o eventualmente arbitral), y frente a una persona distinta la resolución de un conflicto suscitado entre dicha persona y el autor de la reclamación [14].

Adviértase que aunque los enfoques puedan resultar inicialmente diferentes, las conclusiones sobre las características, naturaleza y efectos de la pretensión no presentan diferencias significativas.

(13) Palacio, ob. cit., p. 384.
(14) Palacio, ob. cit., p. 381.

En definitiva, la pretensión es la afirmación que formula un sujeto de derecho de merecer la tutela jurídica y, por supuesto, la aspiración concreta de que ésta se haga efectiva.

La pretensión se presenta así como una "voluntad jurídica" o dicho de otra forma como un querer con sentido vinculante. Sin embargo, resulta indispensable que por medio de ella se esgriman hechos conflictivos con fundamento en el derecho sustancial ya que no sería propio ni correcto postular o peticionar ante el órgano jurisdiccional cuestiones ajenas al orden jurídico. Así, es admisible plantear una pretensión a fin de lograr -por ejemplo- el resarcimiento del daño económico ocasionado en un accidente de tránsito con fundamento en los arts. 1109 y 1113 C.C.; también puede solicitarse judicialmente el cumplimiento de un contrato con fundamento en el art. 1204 C.C.. Sin embargo, no procede peticionar ante un juez el cumplimiento coactivo de un hecho que si bien resulta ofensivo carece de fundamento jurídico. Por ejemplo, no corresponde entonces entablar una demanda peticionando en ella la solución de una situación inocua para el derecho o no protegida por el. Piénsese, por ejemplo, en una persona que pretende demandar a otra por la violación de una norma de cortesía: por ejemplo porque no saludó o el caso de quien solicita su divorcio vincular en un país en donde el ordenamiento sustancial no lo autoriza con ese alcance. Estos casos constituyen un límite en su planteamiento y por ello se ha expresado que la "*acción no es un instrumento que pueda emplearse para satisfacer aspiraciones ajenas al orden jurídico*" [15].

La pretensión entonces constituye el contenido del poder de acción y es el elemento que la vincula con el derecho sustancial otorgándole así un significado jurídico. Adviértase, por último, que para caracterizarla se ha utilizado el sustantivo "afirmación" y a este efecto resulta importante precisar sus límites y fines. Así, se ha dicho en forma correcta que quien esgrime una pretensión sólo está afirmando la existencia de hechos jurídicamente relevantes con fundamento en la violación de una regla del derecho objetivo. Pero es importante advertir que se trata sólo de un planteamiento. Por lo tanto, el requerimiento no garantiza el éxito de la petición ya que puede suceder que luego de la tramitación integral del juicio ésta resulte desestimada. Ello puede suceder porque el derecho

(15) De la Rúa, Fernando, *Teoría general del proceso*, Depalma, Bs. As., 1991, p. 62.

sustancial no fue violado, o porque el hecho afirmado efectivamente no sucedió, o porque no obstante que el hecho afirmado existió su realidad no fue avalada por elementos de prueba suficientes o porque en definitiva, quien la invocó no era el titular o la persona a quien correspondía su ejercicio.

Por ello es procedente señalar que no obstante la íntima vinculación entre la acción con la pretensión, debe quedar claro que esta última se diferencia de aquélla, que se proyecta como un poder jurídico de hacer valer una pretensión ante los tribunales.

Además, también puede ocurrir que no obstante el ejercicio valido de la acción no se logre su cometido por la presencia de defectos formales o sustanciales tales como la falta de carácter en el actor o en el demandado o en la personería. Esta anomalía se denuncia mediante la defensa genérica de "falta de acción" que es resuelta por el juez en oportunidad del dictado de la sentencia. Es el caso -por ejemplo- de que la persona frente a quien se pretende, resulte ajena a la relación sustancial afirmada. Frente a ello, sólo corresponderá dictar una resolución inhibitoria, por haberse hecho valer la pretensión con un defecto impeditivo de la decisión en cuanto al fondo (mérito) [16]. Piénsese -por ejemplo- en la acción tendiente a obtener el cumplimiento de un contrato, dirigida contra quien no lo suscribió. Diferente situación se plantea cuando el defecto se manifiesta inicialmente en la personería del peticionante. Es este un obstáculo de carácter formal que importa la ausencia de un presupuesto procesal y que puede ser relevado en diferentes oportunidades. En primer lugar por el juez de oficio o instancia de parte. En la primera hipótesis el juez actúa inadmitiendo la demanda u ordenando su saneamiento (art. 176 C.P.C.); el segundo supuesto implica la denuncia del vicio por parte del demandado a través de la excepción dilatoria de falta de personería (arts. 184 Inc. 2, 2° C.P.C.). Por último, si no fue advertido con anterioridad el juez debe relevarlo al momento del dictado de la sentencia. Tal sucede cuando -por ejemplo- los progenitores que invocan la representación de su hijo menor no acreditan el vínculo mediante la partida de nacimiento pertinente o cuando quien actúa por una persona jurídica, no acompaña el instrumento legal que la acredita como tal.

(16) Clariá Olmedo, *Derecho procesal*, ob. cit., t. 1, p. 236.

El sujeto de la acción (pretensión) es quien promueve la demanda. En tal sentido cabe afirmar que su ejercicio corresponde en principio a cualquier miembro de la colectividad, pero sus condiciones de actuación están reglamentadas por las leyes formales. Es necesario distinguir en el ejercicio de este poder de acción la forma en que puede manifestarse inicialmente vinculado las categorías procesales. Debe aclararse al efecto que el acto de iniciación presenta diferencias según sea el tipo de procedimiento.

En el campo del proceso civil, se manifiesta inicialmente como una simple facultad de plantear ante el juez una pretensión. En efecto, en el ámbito de los derechos disponibles nadie está obligado a demandar, puede renunciar a este derecho, transarlo o desistirlo, y el único límite temporal está dado por el plazo de la prescripción de la acción correspondiente. En este orden de ideas es propio determinar que esta mera facultad inicial se transforma posteriormente en una carga procesal una vez que la acción es admitida por el juez. En efecto, ello deriva de las reglas del sistema dispositivo que rigen la materia en donde el sujeto tiene el impulso inicial y de "mantenimiento".

Distinta realidad exhibe el proceso penal en donde por imposición del sistema procesal imperante o vigente el acto inicial del procedimiento está diseñado como una atribución impuesta adjudicada al Ministerio Publico Fiscal. Este funcionario actúa conforme al principio legalidad y se le atribuye dicho ejercicio con el fin de independizar las funciones del acusador y del órgano jurisdiccional. El fiscal además debe realizar toda la actividad necesaria para formular el acto de promoción (requisitoria); ordenará todas las medidas que estime necesarias a fin de poder acusar o solicitar el sobreseimiento. En esta tarea podrá requerir medidas coercitivas o cautelares, dar instrucciones para la investigación u ordenar el archivo de la causa.

La pretensión, en el proceso civil, puede ser esgrimida tanto por un sujeto que aspira a la satisfacción de un interés propio y concreto quien puede ejercitarla en forma directa, es decir por sí mismo o también por intermedio de un representante o de un mandatario munido de un poder general o especial. Así, la acción puede ser ejercitada por una persona física o jurídica, pública o privada quienes deben acreditar y completar su personería conforme las disposiciones de la ley. Además, en nuestro sistema legal se impone la defensa técnica como garantía con jerarquía constitucional, que en la práctica implica que quien vaya a estar en juicio deba actuar asistido por un abogado. Si se tratara de la intervención

[illegible] incapaz debe completar su personería con la [illegible] de sus representantes necesarios (padres, tutores o curadores) y además corresponde la intervención promiscua de un integrante del Ministerio Pupilar (art. 59 C.C.).

Cabe señalar que en el proceso civil, en el laboral y familiar, el sujeto peticionante actúa ejerciendo un derecho que le pertenece y que le es propio (actor-demandado, patrón-obrero, cónyuge-hijo, etcétera).

En el proceso penal, tiene facultades de su ejercicio los integrantes del Ministerio Público Fiscal quienes cumplen un deber funcional y actúan en defensa de un interés ajeno en el sentido que no le es propio sino que pertenece a la colectividad. En este caso entonces la titularidad del ejercicio del poder de acción corresponde a un órgano del Estado que no es el jurisdiccional (arts. 328 y 339 C.P.P.) quien formulará la acusación pero además realizará toda la actividad preparatoria previa que se torne necesaria a sus efectos.

Cabe señalar, por último, que en el proceso penal pueden estar en juicio en calidad de actores otros sujetos como el querellante particular o el exclusivo. El exclusivo puede estar representado por el ofendido penalmente o sus herederos y podrá actuar en forma autónoma como sujeto esencial del proceso en los casos previstos por el art. 73 C.P.P., tal sucede en el planteo de la acción por calumnias e injurias, o por violación de secretos, competencia desleal o por incumplimiento de los deberes de asistencia familiar.

En tanto que el querellante particular puede actuar juntamente y a la par con el Ministerio Fiscal. Por ello se ha dicho que el segundo -Ministerio Fiscal- es un sujeto esencial del procedimiento en tanto que el primero -querellante particular- asume el carácter de sujeto eventual, con atribuciones para acreditar el hecho delictuoso y la responsabilidad penal del imputado una vez que ha sido admitido al proceso (arts. 5º, 7º y 94 C.P.P.). Ello implica que una vez incorporado al proceso tiene poderes que se verifican en actividades de proponer y ofrecer pruebas, a intervenir en su diligenciamiento y a valorar críticamente su eficacia. Pero, como se ha expresado, este sujeto está condicionado a que la haya formulado el Ministerio Público Fiscal (arts. 91 y 92 C.P.P.) [17]. Por último, debe señalarse

(17) Vivas Usher Gustavo, *Manual de derecho procesal penal*, Alveroni, Cba., 1999, t. I, p. 354.

[illegible] la [illegible] Ministerio Público Fiscal. Tal sucede en los casos de delitos dependientes de instancia privada en los que el acto promotor corresponde al ofendido por el delito que excluye a los órganos del estado (arts. 7º y 73 C.P.P.).

La promoción de la acción está regulada por normas legales y se realiza a través de instrumentos técnicos idóneos previstos en la ley procesal a tal efecto. Así, la demanda en el proceso civil -en sentido amplio- y la requisitoria fiscal en el proceso penal. Pero puede suceder que previo a cualquiera de estos trámites resulte necesario realizar alguna actividad preparatoria.

En el juicios civiles dicha actividad es poco frecuente; casi diríamos que excepcional; en cambio en el proceso penal es abundante. Así -por ejemplo- es posible que quien haya de deducir una demanda civil deba requerir alguna información necesaria para demandar adecuadamente para solicitar medidas probatorias que podrían extinguirse o también puede solicitar la ordenación de medidas cautelares antes de entablar la demanda (arts. 485, 486 y 426 C.P.C., respectivamente).

En el trámite penal, antes de formular la acusación, verdadero acto promotor del juicio, la actividad procesal que realiza el Ministerio Público o el juez es profusa (arts. 310-312 C.P.P.). Entendemos que toda esta actividad previa sea realizada en el campo civil o penal también implica ejercicio del poder de acción. En efecto, con este anticipo de actividad se formula una pretensión que aunque incompleta y no definitiva, es realizada con miras a su concreción ya que mediante su realización se pretende una finalidad preparatoria o de aseguramiento. Por eso se ha expresado que en estos trámites anticipados hay postulación y también ejercicio de la acción planteando parcialmente una pretensión la pretensión. Cabe señalar que aunque se haya ejercitado el poder de acción en forma incompleta, esta actividad resulta sin embargo útil puesto que los elementos que con ella se obtengan se integrarán la pretensión, aunque no sean suficientes para definirla totalmente [18]. Concluyendo, expresamos que aunque el vehículo o instrumento natural sea la demanda o la requisitoria fiscal, la realización

(18) Clariá Olmedo, *Derecho procesal*, Depalma, Bs. As., 1982, t. 1, p. 275.

de medidas preparatorias, de investigación y o de cautela también importan ejercicio de este poder aunque más limitadamente.

2.1. Elementos de la pretensión

Para completar el desarrollo es menester referirse a lo que en doctrina se han denominado elementos de la pretensión para luego abordar el procedimiento de identificación de las pretensiones.

Los elementos de la pretensión son los requisitos o exigencias legales que debe exhibir una pretensión para ser completa y para poder, además, ser asumada o distinguida de otra. Estos elementos se refieren a los sujetos que participan en el trámite, al objeto que se persigue, y a la causa o motivo que la origina. Algunos autores agregan el rubro actividad (Palacio) o alegación (Clariá).

El elemento subjetivo se integra por las personas que se ubican en posición activa y pasiva en la relación procesal; ellos están representados en consecuencia por el actor y el demandado en el proceso civil y el fiscal y el imputado en el proceso penal. El juez como sujeto preeminente del proceso es el elemento vinculante entre los sujetos de la relación pero como órgano jurisdiccional no constituye elemento de identificación de la pretensión sino que resulta ajeno a ella y, en consecuencia, a estos efectos es irrelevante.

Los sujetos deben estar debidamente individualizados y las leyes imponen al peticionante la carga de suministrar en forma completa los datos identificatorios propios y los del sujeto pasivo, así deben expresar su nombre y apellido completos si se trata de personas físicas, la firma o razón social, si se trata de persona jurídica y el domicilio real, legal o contractual según sea el caso (arts. 175 C.P.C., 330 C.P.N. y 341 C.P.P.).

El "objeto de la pretensión" debe estar determinado y además debe resultar posible e idóneo. Cabe distinguir entre objeto mediato y el inmediato. El primero se refiere a la clase de pronunciamiento que se reclama, v.gr. de condena, de declaración o de constitución. El objeto inmediato en cambio está constituido por aquello que efectivamente se pretende. Dicho de una manera más explícita y utilizando una expresión habitual en el derecho procesal se trata de "*el bien de la vida que se peticiona*" [19].

(19) Palacio ob. cit., p. 388

Por último, la causa de la pretensión se vincula con el fundamento legal de la petición que debe coincidir con el de la relación afirmada y se grafica como "la invocación de una concreta situación de hecho a la que el peticionante le asigna una determinada consecuencia jurídica". Tal invocación no actúa en rigor como razón justificante de tal pretensión sino que tiene por objeto precisarla suministrando así al juez el límite concreto de la realidad dentro de la cual debe juzgar [20] (congruencia).

En lo que se refiere a la actividad que la pretensión procesal entraña, Palacio señala que se corresponde con las dimensiones de lugar, tiempo y forma. Así, la pretensión tendrá como lugar la sede que corresponda al tribunal competente para conocer del proceso; el tiempo es el previsto por la ley para el acto (generalmente será el plazo que fija para la demanda); y la forma es aquella que se asigne según el proceso de que se trate (oral o escrito, ordinario o especial, etcétera). La alegación, por último, implica la necesidad de su planteo o postulación concreta ante el órgano jurisdiccional.

2.2. Identificación de las pretensiones

La identificación de pretensiones es el procedimiento en cuya virtud éstas son confrontadas entre sí con el objeto de establecer si se trata de una misma pretensión o de pretensiones distintas [21].

La importancia práctica de la identificación de las pretensiones se advierte principalmente cuando corresponde decidir sobre la procedencia de las excepciones de litis dependencia y de cosa juzgada. Su fundamento está dado en razones de economía procesal y procura evitar la posibilidad de existencia de juicios contemporáneos que traten un idéntico conflicto en lo que se refiere a sujeto, objeto y causa. También resguardan el principio de seguridad jurídica, ya que de esta manera se aventa la posibilidad del dictado de resoluciones contradictorias.

El trámite para efectuar comparación debe ser completo; en efecto debe realizarse teniendo a la vista o confrontando simultáneamente los tres elementos de la pretensión: es decir, verificando si se trata de las

(20) Guasp, Jaime, *Derecho procesal civil*, 2ª ed. corregida, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1962, p. 231

(21) Palacio, Lino E., *Derecho procesal civil*, Abeledo Perrot, Bs. As. 1983, t. 3, p. 273

mismas personas, si se ha originado en la misma causa y si se está formulando una misma petición. Esto es importante ya que la variación en alguno de ellos significaría que no se trata de una misma pretensión sino que se está planteando una demanda nueva y diferente [22].

En relación con el elemento subjetivo el proceso de identificación presenta particularidades. En efecto, no basta con meritar si existe identidad física sino que deben valorarse, además, otras circunstancias que pueden calificar la participación. Así, es relevante verificar la condición o calidad jurídica en que las partes han intervenido en cada caso; por ejemplo, si se ha actuado en nombre propio o en el carácter de mandatario; si lo han efectuado a título personal o de herederos, legatario o cesionario, etcétera. Resulta admisible, sin embargo, que actúen con roles invertidos; esto es que quien fue demandado en uno de los juicios asuma el papel de actor en el otro y viceversa.

Como se ha expresado, la simple identidad física no supone necesariamente identidad en los sujetos de la pretensión. Así podrían modificarse materialmente las personas intervinientes pero ello no incidir en la situación procesal. Piénsese -por ejemplo- en el caso de que una de las partes efectuase cesión de derechos litigiosos; o en el fallecimiento del actor o demandado y la correspondiente asunción del trámite por parte de sus herederos.

Recíprocamente y planteando la situación inversa, puede tratarse de la misma persona física y no obstante considerarse que existe diversidad de sujetos. Tal sucedería cuando se ejercita una acción por un derecho propio y luego se la plantea por un derecho ajeno, v.gr. se efectúa un reclamo por un derecho propio o luego otro en calidad de tutor, curador o mandatario.

En conclusión, la identificación subjetiva de las pretensiones debe establecerse teniendo en cuenta no sólo a las personas sino también al carácter con que participaron en los respectivos procesos.

A los efectos de la identificación de las pretensiones desde el punto de vista del objeto, es necesario atender tanto a lo que se ha calificado como objeto inmediato y mediato.

(22) Alsina, ob. cit. Parte General, t. 1, p. 376.

En tal sentido no basta, para la identidad, que dos o más pretensiones peticionen un mismo "bien de la vida", por cuanto puede suceder que la cosa que se reclama sea otorgada mediante pronunciamientos judiciales de distinta índole. Por eso se señala -a modo de ejemplo- que el rechazo de una pretensión ejecutiva referente a una determinada suma de dinero, no impide el planteamiento de una posterior pretensión de conocimiento que tenga por objeto esa misma suma, pues ambas clases de pretensiones difieren en sus presupuestos. En cambio, la identidad resultaría positiva si, por ejemplo, rechazada una pretensión ordinaria con fundamento en la inexistencia del derecho material reclamado, se formulase posteriormente una pretensión de condena referida al mismo objeto mediato pues la sentencia de condena debe presuponer necesariamente la existencia de ese derecho. Tal sucede cuando se tramita un juicio por cumplimiento de contrato y la pretensión recibe una sentencia desestimatoria, posteriormente el actor cede los derechos de ese contrato a un tercero y éste nuevamente intenta la pretensión.

Por último, con respecto a la causa, es de señalar que la diferencia de calificación o el cambio de argumentación jurídica en que se fundó la pretensión originaria, excluye la procedencia de una pretensión posterior que se base en las mismas circunstancias de hecho. De modo que si se rechaza una pretensión por divorcio fundada en adulterio, no cabría intentar una nueva pretensión sosteniéndose que los mismos hechos configuran la causal de injurias graves. Existe, en cambio, una pretensión distinta cuando ella se funda en una causa sobreviniente al primer proceso.

Es dable destacar que en ciertas casos, no resulta posible identificar la causa sin el auxilio de los otros elementos; del mismo modo que, según hemos visto, éstos requieren a su vez, la comparación causal para identificar las pretensiones. Así es materia de confusiones la distinta calidad del sujeto y la dificultad principal consiste en distinguir estos dos elementos: la causa, que se refiere al título, de la calidad que se refiere a los sujetos [23].

En las acciones reales la distinción resulta más fácil. En efecto, piénsese en un juicio por reivindicación en el que la causa inmediata es el dominio, pero el hecho constitutivo de éste puede ser diferente: la propiedad puede

(23) Alsina, ob. cit., p. 330.

tener origen en un contrato de compraventa, o en una donación o en la adquisición de la propiedad por prescripción sin que estas diferencias tengan influencia alguna en la acción misma, porque lo que está en juego es el dominio mismo y no su modo de adquisición. Por eso no varía la acción por el hecho de que se invoque una causa mediata diferente.

El problema de identificación de la causa se torna más arduo cuando se plantea el fenómeno denominado "concurso de acciones"(pretensiones).

El concurso de acciones se presenta cuando de una misma relación jurídica sustancial nacen diferentes pretensiones. En principio, como cada una de ellas tiene distinto objeto, cada acción es independiente y en consecuencia puede ser ejercitada sólo a con prescindencia de las otras. Por ejemplo ante un contrato de locación, el locador puede entablar una acción con el fin de obtener el pago del arrendamiento y otra a efectos de lograr la restitución de la cosa locada. Pero cuando todas persiguen el mismo objeto, tal sucede en las acciones de impugnación de los actos jurídicos por nulidad, rescisión, revocación, surge la cuestión de saber si cada uno de estos motivos constituye causa diferente.

3. Acumulación de pretensiones

La experiencia jurídica enseña que a raíz de un mismo conflicto pueden suscitarse diversos litigios que convierten a la relación única inicial en compleja. Es decir que el fenómeno jurídico que por regla se presenta como simple contiene o exhibe varios conflictos.

Así, por ejemplo: 1) un sujeto puede pretender uno o varios objetos de varios sujetos o, a la inversa, 2) varios sujetos pueden pretender uno o varios objetos de un mismo sujeto y, finalmente, 3) varios sujetos pueden pretender uno o varios objetos de varios sujetos.

Otra hipótesis se presenta cuando ante la necesidad de liquidar un patrimonio en su totalidad deba hacerse en condiciones de paridad o similares para los acreedores a fin de que todos puedan concurrir igualitariamente al reparto; esta circunstancia aconseja que sea un mismo y único juez el que entienda en todas las peticiones y litigios (fuero de atracción).

Puede ocurrir también que -a consecuencia de un mismo conflicto- los partícipes de él puedan esgrimir pretensiones de diferente naturaleza (civil y penal) y que merecen ser resueltas con unidad lógica y de criterio a fin de no generar un caos jurídico.

[illegible] mismo [illegible] delitos.

De allí que los códigos deban prever soluciones procedimentales a todos estos fenómenos complejos o de coexistencia de litigios vinculados.

A tal efecto las leyes dan pautas para la solución de estas situaciones que se conocen legalmente con la denominación de "acumulación", de "atracción" y de "prejudicialidad" (en rigor, un caso de acumulación impropia) [24].

La acumulación de pretensiones es el fenómeno procesal que fundado en el principio de economía procesal y, en ciertos casos, también en la necesidad de evitar pronunciamientos jurisdiccionales contradictorios, dos o más pretensiones son sustanciadas en un proceso único, y resueltas mediante el dictado de una misma sentencia.

Cuando el proceso es continente de más de un litigio, es denominado proceso acumulativo o proceso plural; su característica está dada porque, pese a tratarse de varias pretensiones, son tramitadas en forma conjunta y unitaria ante el mismo tribunal y se los resuelve mediante una sentencia común.

O sea que la acumulación produce los siguientes efectos: unidad de tramitación, de competencia y de sentencia. La ausencia eventual de alguna de estas tres características obsta -obviamente- a la existencia del proceso acumulativo [25].

Es así que aunque lo normal sea que en un proceso exista sólo un actor y un demandado que debaten sobre la existencia de una pretensión puede suceder, y de hecho sucede que existan procesos con pluralidad de partes o con pluralidad de pretensiones que plantean una fenomenología diferente.

Así, en el juicio que se entabla con pluralidad de partes activas o pasivas de la relación procesal, existe una acumulación subjetiva de pretensiones. Tal sucede cuando en el trámite singular intervienen terceros que asumen calidad de partes al lado del actor o del accionado.

En tanto que la acumulación objetiva de pretensiones se presenta cuando en un proceso único se ventilan y deben resolverse varias y diversas

(24) Alvarado Velloso, ob. cit., p. 23

(25) Fenochietto Carlos Eduardo, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, Comentado, anotado y concordado con los códigos provinciales*, Astrea, Bs. As., 2001, t. 1, p. 343

... Así puede suceder que en un proceso contencioso civil se ... con multiplicidad de objetos, es decir, una pluralidad de ... conexas acumuladas (proceso acumulativo), cuyos titulares ... dos sujetos (dualidad), o más de dos sujetos (pluralidad), activa ... mente posicionados.

... cambio, en el proceso con pluralidad de sujetos y una única ... el objeto es uno solo, actuando varios sujetos como integrantes ... parte única, como acontece, a título de ejemplo en el caso de litis ... necesario y en algunos supuestos de la intervención de terceros ... simple y adhesiva litisconsorcial) [26].

... impone requisitos para que resulte procedente la acumulación. ... ellos están configurados por la compatibilidad de pretensiones, ... se correspondan a la misma competencia del juez y que sean ... bles de ventilarse por un único trámite.

... otra parte, la acumulación puede producirse en diversas ... dades. En efecto puede ser originaria o inicial y sucesiva o ...

... dependerá de que sea propuesta en la demanda o que la inserción ... ca en un momento posterior.

... Velloso en forma didáctica enuncia las diferentes hipótesis ... ación de la siguiente manera expresando: "En el campo de lo ... gor todo lo que sea no penal) pueden ocurrir hipotéticamente ... ntes situaciones:

... Que un mismo actor demande varios objetos del mismo ... do.

... Que el demandado demande al actor reconviniéndolo en el mismo ... ento.

... Que un mismo actor demande por idéntica causa a varios ... dos, no interesando si el objeto pretendido es o no el mismo ... de todos ellos. En esta situación, la solución final respecto de la ... o validez de la causa debe ser la misma para todos los ... dos aunque resulte diferente en cuanto al objeto pretendido ... e un caso de conexidad causal.

... Que un mismo actor demande a varios demandados alegando que ... s existe una relación jurídica inescindible (igual hecho, igual

(26) Fenochietto, ob cit., p 344

imputación jurídica e igual objeto pretendido), por lo cual la solución final respecto de todos los demandados debe ser la misma no sólo en cuanto a la existencia o validez del hecho causal sino también en cuanto a las conductas futuras que se pretende sean impuestas por el juez en la sentencia.

Se trata de un caso de conexidad mixta objetivo-causal que genera entre los diversos demandados una relación litisconsorcial necesaria.

5) Que un mismo actor demande a varios demandados pretendiendo uno o varios objetos en base de un mismo hecho pero formulando imputaciones jurídicas diferentes referidas a todos ellos

En este caso la solución final respecto a todos los demandados habrá de ser idéntica a la del supuesto explicado recién en el punto 3 pues se trata de un caso de afinidad causal" [27].

En los casos precedentes conforme las normas procesales se configura lo que la doctrina llama proceso acumulativo, entendiendo por tal a aquel procedimiento (o expediente) que sirve para la satisfacción de, por lo menos, dos pretensiones que habrían originado otro número igual de procesos.

Esta acumulación en algunas hipótesis es simplemente permitida por la ley quedando a voluntad de las partes el efectuar o no la acumulación. En tanto que en otros casos se imponen en forma absolutamente imperativa no pudiendo modificarse por sola voluntad de las partes, en cuyo caso se ordena oficiosamente por el tribunal.

3.1. *Acumulación subjetiva*

La acumulación subjetiva procede siempre que las distintas pretensiones sean conexas en virtud de la causa o del objeto, o de ambos elementos a la vez; o sea cuando respectivamente se invoque como fundamento de ellas una misma relación jurídica, o una misma situación de hecho, o cuando medie coincidencia respecto de la clase de pronunciamiento que se pide (objeto inmediato) y sobre la cosa, hecho o relación jurídica sobre la que dicho pronunciamiento debe versar (objeto mediato) [28].

La doctrina menciona como casos de acumulación subjetiva de pretensiones la reconvención y el litis consorcio facultativo. En el primer

(27) Alvarado Velloso, ob cit., t. 2, p. 230
(28) Palacio, ob cit., t. 1, p. 454

supuesto consideramos que es un caso de acumulación mixta subjetivo-objetiva, en efecto, actor y demandado asumen el doble carácter de accionante y accionado pero en posiciones diferentes y por otra parte es objetiva porque cada uno plantea una pretensión opuesta. En cambio, en el caso de litis consorcio facultativo, la acumulación objetiva se manifiesta porque algunos de los polos de la relación jurídica procesal, se manifiesta en forma plural y la acumulación se produce por libre voluntad de las partes (art. 181 C.P.C.).

Cabe señalar que distinta situación se plantea en el caso del litis consorcio necesario. Existe litis consorcio necesario cuando la eficacia de la sentencia se halla subordinada a la circunstancia de que la pretensión procesal sea propuesta por varias personas o frente a varias personas. Esta circunstancia puede derivar de una imposición de la ley o de la naturaleza de la obligación. En este último caso constituye un claro ejemplo la exigibilidad de las obligaciones solidarias [29]. El litis consorcio necesario también puede resultar de la ley, v.gr. el art. 254 C.C. establece que cuando se plantea una demanda por reconocimiento de filiación legítima debe ser intentada en contra del padre y de la madre conjunta y necesariamente.

Distinta hipótesis es la que se presenta en las tercerías. En esta situación se trata de la intervención en el trámite de un sujeto diferente y extraño del actor y del demandado que pretende la concreción de un interés propio que excluye al de las partes (arts. 432 inc. 1 y 436 C.P.C.). Piénsese -por ejemplo- para el primer caso, cuando un tercero pretende ser reconocido como propietario de una cosa frente a dos personas que revisten la calidad de actor y demandado y que discuten sobre esa misma calidad. La segunda hipótesis prevista en los códigos formales es la denominada tercerías de dominio o de mejor derecho. Así -por ejemplo- frente al embargo solicitado por el actor y trabado supuestamente sobre bienes del deudor, comparece un tercero y esgrime ser propietario del bien cautelado.

En otro orden de ideas, ante la existencia de procesos con partes múltiples el fenómeno puede manifestarse en el campo del litigio de manera diferente en lo referido a la posibilidad de actuar ya sea en forma autónoma o subordinadamente. Así -por ejemplo- en algunos casos la intervención del tercero le confiere autonomía de gestión frente a las

(29) Palacio ob. cit., t. 3 p. 207

[illegible] [illegible] daños y perjuicios. En otras hipótesis [illegible] adhesivamente y su intervención en el proceso y su actuación está subordinada a la del sujeto principal con el cual está [illegible]. Piénsese en el caso de la intervención de un legatario, en el juicio que se discute la validez del testamento.

En el proceso penal el fenómeno de la acumulación subjetiva se manifiesta en forma diferente. En efecto, ello resulta claro si se parte del concepto de que el poder de acción pertenece al Estado como ente público. Esto significa que el Estado es el único titular por lo que no puede concebirse en esta materia la existencia de una situación de litis consorcio activa de partes en sentido sustancial. La posibilidad de más de un acusador (público y particular, público y popular) no destruye esa unidad. Sin embargo, debe señalarse que en estos casos puede existir pluralidad de actores solamente desde el punto de vista formal.

La situación es diferente cuando se analiza la posibilidad de acumulación subjetiva en el polo pasivo de la relación.

Así, el proceso penal puede desarrollarse contra varios imputados. Esto puede tener consecuencias procesales de trascendencia en relación -por ejemplo- al derecho de defensa, tal sucede con efecto extensivo de las impugnaciones o con la posibilidad de una defensa técnica común mientras no medie incompatibilidad.

3.2. Acumulación objetiva

La acumulación objetiva de pretensiones se verifica a través de la unión material de dos o más procesos que, en razón de tener por objeto pretensiones conexas, no pueden ser sustanciados separadamente sin el riesgo de conducir a pronunciamientos contradictorios o inclusive de cumplimiento imposible.

Aunque en estos casos se habla de "acumulación de procesos" debe tenerse en cuenta que en la base de ellos existe en rigor una pluralidad de pretensiones, las cuales al acumularse determinan la unión material de los distintos procesos en los que aquellas se hicieron valer [30].

(30) Palacio, ob. cit., t. 1, p. 459

En el campo del proceso civil se ha señalado a este fenómeno de acumulación objetiva que sucede por la reunión, originaria o sucesiva, de distintas pretensiones que un sujeto tiene contemporáneamente frente a otro. Ella se opera con la finalidad de que sean sustanciadas en un único trámite y decididas en la misma sentencia, para obtener una mayor economía y celeridad procesal. En rigor, se trata siempre de una acumulación de procesos en un mismo e idéntico procedimiento [31]. Piénsese en la existencia de dos demandas de divorcio iniciadas por ambos cónyuges o en la posibilidad de dos juicios de usucapión iniciados por distintos poseedores respecto de un mismo inmueble.

Para la procedencia de la acumulación es necesario que los juicios se encuentren en una misma instancia, que el juez que haya de entender en ambos trámites sea competente en razón de la materia y que puedan sustanciarse por el mismo procedimiento a fin de que puedan resolverse en forma conjunta. A ello se añade que las pretensiones no sean excluyentes, por ejemplo a la pretensión de nulidad de testamento sería posible de acumular la petición de herencia *ab intestato*. Otro caso, se presenta cuanto se solicita el cumplimiento de una obligación alternativa (art. 637 C.C.).

En el ámbito penal el objeto principal del proceso (cuestión penal) puede resultar complejo por la existencia de pluralidad de conductas, autor del hecho, cómplice, partícipe, etcétera.

En este caso la acción penal se hará valer contra varias personas ...das en la causa pero como autores de hechos delictivos diferentes. ...s situaciones nos llevan al análisis de cuestiones relacionadas con la ...ación de causas (arts. 48 y 49 C.P.P.).

Por otra parte, es de advertir que la mayoría de los códigos procesales ...les permiten, con buen criterio, el tratamiento jurisdiccional conjunto ...tro de determinados límites de las consecuencias penales y civiles ...l hecho criminoso. Las normas que establecen el orden jurídico en ...que privado (civil), prevén en el ámbito extracontractual ilicitudes ...as a la conducta humana, cuya sancionabilidad consiste en atribuir ...idad civil. Esas ilicitudes pueden ser configuraciones delictuales ...tuales. En el caso de que la conducta conceptualizada como ...sione también un daño privado, se produce un concurso de

(31) Alvarado Velloso, ob. cit., p. 230

normas garantizadoras del orden jurídico en su aspecto penal y civil que en abstracto previenen lo ilícito en su amplitud, y al ser actuadas pueden coincidir o no, sin perjuicio de la influencia que recíprocamente puedan tener los dos aspectos [32]. Piénsese, cuando a consecuencia de un accidente de tránsito, la víctima fallece. En tal caso, se iniciará el procedimiento penal y a la vez, los damnificados podrán constituirse en partes civiles en el proceso penal.

Estos supuestos desencadenan la realización de dos órdenes jurídicos que interactúan y ha sido la ley sustancial, la que define el modo de proceder al momento de dictar sentencia. En este orden de ideas el art. 1101 C.C. prohíbe la "condenación" civil cuando antes de la sentencia se hubiere entablado la acción penal. Conforme a esta norma no puede pronunciarse sentencia en la cuestión civil, si no se ha decidido previamente la cuestión penal surgida del mismo hecho.

No se trata de la prioridad en el ejercicio del poder de acción sino que debe ser analizada en el momento del pronunciamiento jurisdiccional sobre el fondo: sentencia civil. La jurisdicción pudo haber sido excitada por la cuestión penal antes o después que por la cuestión civil. Sólo interesa que al momento de dictarse la sentencia civil no esté pendiente de resolución la cuestión penal. Si por ésta no se hubiere promovido un proceso o se hubiere agotado la actividad jurisdiccional en su momento conocitivo, no regirá el art. 1101 C.C..

La ley prohíbe la "condenación" por lo que significa que está impedido el dictado del pronunciamiento en el sentido de que la resolución de la cuestión penal debe ser previa a la civil.

Sin embargo, el art. 1101 establece al efecto dos excepciones: 1°) el fallecimiento del imputado, lo cual en nuestro sistema penal es lógico, pues se extingue la posibilidad de juzgar sobre el fondo por desaparecer el elemento subjetivo de la imputación; 2°) ausencia del imputado que obligue a detener el procedimiento; referencia concreta de la ley de fondo a la prohibición del juicio en rebeldía en materia penal. Son excepciones a una norma impeditiva al dictado de una sentencia civil. No determina un modo de llegar al fallo o un orden de proceder; establece un verdadero impedimento a la actuación concreta de la ley civil por una disposición de orden público.

(32) Clariá Olmedo, *Tratado* cit., p. 321

3.3. Admisibilidad y fundabilidad de las pretensiones

La procedencia de la pretensión inicial o final nos señala como necesario distinguir lo que se denomina admisibilidad de la fundabilidad o mérito de ella.

La admisibilidad es un concepto netamente formal (procesal), en tanto que la fundabilidad es de carácter mixto (procesal-sustancial).

Los requisitos de admisibilidad están enunciados en la ley procesal y son aquellas condiciones que inicialmente debe examinar el juez para admitir la petición y darle trámite. Si la demanda adolece de un defecto ésta será inadmitida por el órgano jurisdiccional (formalmente desestimada). Ello sucede generalmente por defecto en los presupuestos procesales y con un sentido de saneamiento la ley concede facultades a los jueces para que los releven y en su caso ordenen su subsanación.

Esto significa ordenar las medidas necesarias para eliminar el vicio que posteriormente pueda suscitar nulidades (v.gr. art. 176 C.P.C. y art. 34 inc. 5 b) C.P.N.). Pero cabe señalar que estos requisitos formales pueden ser examinados por el juez, además, en otros momentos del trámite. En efecto, la ausencia de presupuestos procesales puede ser relevada por las partes en oportunidad de la contestación de la demanda mediante la interposición de excepciones dilatorias (art. 184 C.P.C.) y también por el juez al momento del dictado de la sentencia.

En tal sentido, la primera verificación que realiza el órgano jurisdiccional es la de su propia competencia (por materia, valor, grado, territorio, etcétera). Luego verificará la completitividad de la personería del peticionante.

También deberá estar individualizado el objeto de la pretensión. A tal efecto los instrumentos legales idóneos para ellos -demanda y acusación- deben ser completos y claros; en tal sentido, el peticionante debe describir claramente los hechos y el derecho y la cosa que se peticiona designada con exactitud (arts. 330 C.P.N., 175 C.P.C.), o en su caso, se deberá individualizar al imputado, el hecho que se le atribuye y la norma penal aplicable (art. 341 C.P.P.).

Cabe señalar que la institución del saneamiento tiene cabida cada vez con mayor amplitud en los ordenamientos procesales. Así sucede en los códigos modernos en donde se lo prevé como un poder concedido al juez (art. 34 C.P.N.) o como una de las actividades de la audiencia preliminar (art. 360 C.P.N.).

En nuestra provincia, el C.P.C. sólo se la prevé en el art. 176, referido a la demanda. Sin embargo, la regla es incluida en ordenamientos procesales modernos como el C.P.P. y en la ley procesal del trabajo (arts. 186 y 33, respectivamente).

Por último, debe advertirse que algunos autores incluyen como requisitos de admisibilidad de la demanda el cumplimiento de recaudos fiscales, tales como el pago de tasas y gastos que gravan las actuaciones judiciales. Otros incluyen como condiciones de admisibilidad algunas imposiciones específicas que las leyes prevén para determinadas situaciones, v.gr. la intimación de pago de los arriendos adeudados para deducir la demanda de desalojo por falta de pago (art. 5º ley 23.091); el reclamo administrativo previo que se establece para ciertos casos en la ley de procedimiento laboral, o el cumplimiento necesario de la etapa prejurisdiccional en el fuero de familia (ley 7676).

Los requisitos de fundabilidad o mérito se relacionan con el contenido sustancial del proceso y en general afectan a los sujetos y al objeto de la pretensión y su defecto u omisión son denunciados por la defensa genérica de falta de acción.

En tal sentido, los sujetos deben exhibir una aptitud especial vinculada con la pretensión en el caso particular. Esta calidad (carácter) es claramente diferenciable de la capacidad para ser parte (la capacidad procesal), se manifiesta cuando el sujeto que interviene en el proceso como parte coincide con el sindicado por la ley sustancial para demandar o ser demandado. Es decir, tiene legitimación procesal por ser titular activo o pasivo de la relación jurídica procesal controvertida en el proceso [33].

En otro orden de ideas, debe señalarse que la ley de fondo en ciertos casos impone como condición de admisión de la pretensión que el planteo procesal sea efectuado simultáneamente por dos sujetos o en contra de dos demandados en forma conjunta.

Tal sucede con la imposición del art. 254 C.C. en el que se impone que el juicio de filiación legítima debe ser deducido conjuntamente contra el padre y la madre. También en el caso en que se aduzca la nulidad de un instrumento público es parte necesaria y debe demandarse juntamente con el escribano (arts. 249 C.P.C., 993 C.C.).

(33) Palacio, ob. cit., t. I, ps. 405/407

[illegible] abre paso en la doctrina [illegible] es el de la improponibilidad objetiva de la pretensión". [illegible] en razones de economía procesal y del principio [illegible] que se sintetiza en que toda actividad procesal debe ser útil, [illegible] los fines públicos del proceso. Su interpretación debe ser [illegible] ya que su extensión podría conculcar la garantía constitucional [illegible] defensa en juicio y del acceso a la jurisdicción. Se configura en [illegible] en que la demanda exhiba defectos groseros que puedan ser [illegible] por el juez *ab initio*. Los supuestos admitidos por la doctrina se [illegible], con lo que se ha denominado situaciones ajenas al orden [illegible] situaciones no protegidas por éste o en improcedencias [illegible] fiestas de la pretensión. Los ejemplos que pueden clarificar esta [illegible] ación, están dados por las siguientes hipótesis, la violación de una [illegible] de cortesía, no puede dar lugar a un procedimiento judicial, esto [illegible] el planteo de una demanda con una pretensión de esta naturaleza [illegible] inadmitida inicialmente por el juez; si -por ejemplo- se peticiona [illegible] do de un divorcio vincular en un país que no lo contempla o si se [illegible] un divorcio y se advierte de la documentación acompañada [illegible] ón no se dirige contra el cónyuge.

3.4. Clasificación de las acciones

[illegible] ón es el poder que tiene un sujeto de reclamar la intervención [illegible] planteando una pretensión fundada en derecho con el fin de [illegible] la sentencia sobre ésta. Así, el objeto y finalidad de la acción [illegible] cia, pero ésta puede resolver de diferentes maneras.

[illegible] tido el ejercicio de la acción y de la petición variará según [illegible] pronunciamiento final que se pretenda. Esto significa que no [illegible] iones pueden ejercitarse del mismo modo, ni al mismo [illegible] stas, las circunstancias que justifican una clasificación de [illegible] por otra parte, tiene la ventaja de facilitar su estudio y [illegible] ptos.

[illegible] cuenta la clase de pronunciamiento que con la acción se [illegible] remos a las acciones clasificándolas según sean: 1) [illegible], 2) acciones declarativas, 3) constitutivas, 4) ejecutivas (aunque [illegible] últimas implican en realidad una pretensión de condena).

La pretensión de condena es la más común y se plantea con el fin de obtener una sentencia contra el demandado que le imponga el

[illegible] cumplimiento [illegible] prestación [illegible] en la que se afirma [illegible] derecho y [illegible] fundante de ella debe ser probado [illegible] esencial para su admisión en la sentencia.

Las sentencias de condenas, como se dijo, resuelven imponiendo el cumplimiento de dar cosa cierta o incierta, de hacer o de no hacer, sin embargo, estas obligaciones ante el caso de imposibilidad de cumplimiento en la forma solicitada, se transforman, en una indemnización de daños y perjuicios. En efecto, así lo dispone el C.C. a partir del art. 625 y es la solución prevista también por el C.P.C., en sus arts. 818, 819 y 820. Por ejemplo, si la obligación es la de entregar una cosa cierta y este objeto no existe mas, o por sus características es de imposible adquisición o cuando la condena impone al demandado hacer algo o cesar en lo que está realizando. Esto es así y ante la imposibilidad de obtener su cumplimiento puede requerirse que la prestación sea satisfecha por un tercero o por último en todos los casos, puede transformarse en una indemnización sustitutiva.

Respecto de las *acciones declarativas* los desarrollos doctrinales acerca de ellas son recientes, pues la ciencia procesal sólo se había ocupado de la acción de condena como consecuencia del concepto de que la acción no es sino el derecho en movimiento, de modo que toda acción buscaba la condena del obligado [34]. La sentencia declarativa no requiere como condición para su dictado un estado de hecho efectivamente contrario al derecho, sino que basta un estado de incertidumbre sobre aquél y por eso no obliga a nada, sino que se limita a declarar o negar la existencia de una situación jurídica.

Sin embargo, esto no obsta a que los juicios declarativos son juicios contradictorios en que los actos de ejecución sean trámites muy sencillos. Es el caso -por ejemplo- de un juicio de usucapión en virtud del cual se reconoce el derecho de dominio de un inmueble al peticionante con fundamento en la posesión veinteañal. Se trata de una acción declarativa, pues resuelve sobre una situación preexistente y se concreta una vez dictada la sentencia con una simple anotación en el Registro de Propiedad.

Modernamente, además, se prevé en los códigos la denominada acción declarativa de certeza, que le otorga a un sujeto el derecho de demandar

(34) Alsina, t. 1, ob. cit., p. 353

con el solo fin de hacer cesar un estado de incertidumbre o de establecer los efectos y modalidades de una relación jurídica (art. 413 C.P.C.).

Las *acciones constitutivas* por su parte son aquéllas que producen un nuevo estado jurídico, es decir que sus efectos se proyectan hacia el futuro. Es el caso, por ejemplo, de las sentencias dictadas en los juicios de divorcio, de filiación, de adopción, etcétera. Se caracterizan, en primer lugar, porque con ellas nace una nueva situación jurídica. Piénsese que en el caso de divorcio no se limita a declarar la disolución del matrimonio sino que emplaza al sujeto frente a la sociedad en un nuevo estado que le habilita para contraer nupcias.

Por último, las *acciones ejecutivas*, son aquellas a las cuales la ley les concede un procedimiento especial, más sumario y expeditivo que encuentra fundamento en un título judicial o extrajudicial al cual la ley le otorga presunción de autenticidad.

Desde otro punto de vista se distinguen las acciones en *personalísimas, las de estado y las patrimoniales*.

Las primeras (personalísimas) son las que tienden a la protección del conjunto de derechos que constituyen la personalidad jurídica de un sujeto. Estos derechos personalísimos pueden ser considerados desde distintos puntos de vista, ya que por medio de ellos se protege tanto la integridad física, como la moral e intelectual de un individuo. Por ejemplo, otros pueden referirse a la posición de un individuo dentro del núcleo familiar en calidad de padre, esposo, o hijo; o del derecho a la identidad al nombre de las personas, etcétera.

En cambio, las *acciones de estado* son aquellas que puede ejercer un individuo y cuyo objeto es obtener un emplazamiento diferente de la persona dentro del estado de familia. Por ejemplo, la acción de filiación y de adopción, lo coloca en la situación jurídica de hijo; en tanto que la de divorcio, extingue el vínculo conyugal y le habilita para contraer nuevas nupcias, etcétera.

Las *patrimoniales*, que sólo incluimos en esta categoría por una cuestión metodológica, pero que omitimos su tratamiento por habernos referidos a ellas ampliamente.

Por otra parte y conforme a otro criterio que es el utilizado por las leyes formales para determinar la competencia se clasifican a las acciones en *personales, reales y mixtas* (art. 6º y ss. C.P.C.).

Por último, desde un punto de vista netamente procesal se clasifican en *declarativas, ejecutivas y cautelares*.

Las declarativas son aquellas pretensiones que partiendo de un derecho inicialmente incierto se tramitan con un procedimiento amplio y la sentencia

que se dicte producirá el efecto de cosa juzgada material. *Las ejecutivas*, por el contrario, son aquellas acciones sumarias y de ejecución que se inician en base a un título ejecutivo que goza de presunción de autenticidad y en las que el trámite es más escueto y limitado, con defensas taxativamente señaladas en la ley y la resolución final que en ellas se dicte produce el efecto de cosa juzgada formal. En tanto que las *medidas cautelares* son procedimientos accesorios, no autónomos y que están al servicio de otro procedimiento declarativo o ejecutivo y que tienden a garantizar sus resultados durante el tiempo que transcurre entre demanda y sentencia.

Por último, también pueden ser clasificadas teniendo en cuenta el derecho sustancial que se pretende realizar: en *civiles y penales*.

1º) *La penal* tiene por objeto la investigación de un hecho delictuoso, la individualización del autor y, en definitiva, la aplicación de una pena; sólo puede ser ejercida por el Ministerio Público Fiscal y por la víctima del delito en su caso.

2º) *La civil* tiene por objeto la obtención de resoluciones de condena, declarativas o constitutivas. Pueden ser ejercidas por la persona perjudicada directamente o indirectamente, y puede ser transmitida a los herederos.

Por último, las acciones penales desde un punto de vista sustancial pueden clasificarse teniendo en cuenta el momento y forma de su promoción en la pueden iniciarse de oficio, las acciones privadas (art. 73 C.P.) y las que dependen de instancia privada (art. 71 C.P.).

También pueden clasificarse las acciones penales en públicas y privadas. A su vez, las públicas desde el punto de vista de su promoción se subdividen en promovibles de oficio o de instancia privada (art. 72 C.P.) [35].

4. Naturaleza jurídica

Grandes han sido los esfuerzos de la doctrina para determinar la esencia de la acción, esto es descubrir cuál es su naturaleza jurídica.

En tal sentido los esfuerzos se dirigen a precisar: 1) si efectivamente es un poder; 2) si es autónomo y en su caso cuál es su vinculación con el

(35) Vélez Mariconde Alfredo, *Derecho procesal penal*, Marcos Lerner, Cba., 1981 p. 278.

[illegible]

[illegible] 4) Si se dirige [illegible].

[illegible] temas va de la mano con el carácter científico [illegible] procesal. Así, recuérdese que inicialmente el derecho procesal [illegible] como un apéndice del derecho de fondo, fundamentalmente [illegible] civil. Luego, con advenimiento de las escuelas públicas y científicas [illegible] determina su carácter y autonomía.

Los desarrollos iniciales son de carácter privatista, a los que [illegible]namos escuelas monistas, que se mantienen en sus elaboraciones [illegible]sta el siglo XVII, a partir del siglo XIX, comienza la elaboración científica [illegible] derecho procesal y surgen y adquieren relevancia las escuelas científicas autonomistas.

Escuela clásica ——————— **Monistas** - Derecho romano
- Franceses hasta siglo XIX (Savigny, etc.)

Escuela científica **Dualistas o autonomistas** - **concretos**
Windscheid, Muther, y Wach, etc.
- **Abstractos**
Degenkolb, Couture, Alsina, etc.

4.1. *Escuelas clásicas. Tesis monistas*

Las tesis de la escuelas clásica denominadas también monistas identifican a la acción procesal con el derecho sustancial que le sirve de fundamento, sostienen que la acción presenta íntima vinculación con el derecho material ya sea con el derecho subjetivo reconocido por la ley de fondo o con el objetivo contenido en ésta y que se afirma violado. Así sus sostenedores identifican los conceptos de acción y derecho, como sinónimos.

Esta posición es sostenida en el derecho romano en el que la acción es confundida y absorbida por el derecho material que se supone transgredido.

Esta identificación se proyecta en el tiempo y se mantiene en las escuelas clásicas del siglo XVIII, que afirman que la acción es el propio derecho violado o un elemento de éste. Así, se expresa que es el

derecho en pie de guerra que tiende a remover los obstáculos que se oponen a su eficacia [36].

También los representantes de la escuela francesa expresan que *"la acción es el mismo derecho en movimiento, algo así como su manifestación dinámica. Por ello sostienen que no existe diferencia sustancial entre derecho y acción"* [37].

Frente a estas posiciones, que se mantienen hasta el siglo XIX, se formulan críticas que hacen eclosión con el advenimiento de la escuela científica del derecho procesal.

Las primera elaboraciones apuntan a señalar que las tesis sustancialistas no alcanzan para justificar ciertos casos y ello se hace patente ante la situación de la sentencia que rechaza la demanda por falta de mérito. Así puede suceder que se halla tramitado un juicio completo invocando la violación de un derecho, ante un juez público competente y que se hayan cumplido en el todas sus etapas. Sin embargo, la sentencia definitiva resulta desestimatoria de la petición, sea por no estar amparada por norma legal, sea por no existir el derecho sustancial invocado o por falta de legitimación de los sujetos, etcétera.

Así, se advierte que no puede tratarse del propio derecho violado pues de esta manera no puede explicarse el caso de la sentencia rechazada. Además, queda también sin explicación la existencia de obligaciones naturales o el caso del hecho esgrimido en una demanda y que luego no puede ser acreditado.

Para superar los defectos de las escuelas clásicas se procura lograr una noción autónoma del poder de acción. Es decir, se procura una noción que distinga acción y derecho.

4.2. *Escuela científica. Teorías dualistas (autonomistas)*

Estas teorías se elaboran ante las críticas por falta de consistencia de las elaboraciones de la escuela clásica. En sus abundantes desarrollos los integrantes de la escuela científica tratan de demostrar la autonomía del

(36) Savigny, "Sistema del derecho romano actual", parágs. 205 y ss. Citado por Alsina, Parte General, t. I, p. 307

(37) Couture, ob. cit., p. 9

poder de acción respecto del derecho sustancial en el que se afirma la relación de fondo.

Analizan, por una parte, el direccionamiento del poder de acción y por la otra de identificar y determinar cuál es su contenido

Sus principales sostenedores pertenecen a la escuela alemana del siglo XIX y dentro de ellos podemos distinguir las que se han denominado posiciones concretas y abstractas. Nos referimos sólo a las más representativas pues un desarrollo completo excedería el contenido de un manual.

Windcheid (1856), da el puntapié inicial y distingue los conceptos de acción, pretensión (*anspruch*) y demanda. Razona diciendo: "cuando se viola un derecho nace una pretensión que es independiente de la acción" aunque vinculada a ella. Este fenómeno de deslinde se clarifica si se advierte que la acción en el campo de los derechos disponibles puede ser ejercitada o no. En efecto, piénsese que ante el incumplimiento de un contrato puede el actor demandar o renunciar a hacerlo. En cambio, en el campo del proceso penal la respuesta del Estado a través del órgano judicial es ineludible. La acción es para este autor la pretensión jurídica planteada en juicio.

Los desarrollos de Windcheid son de indudable importancia ya que aíslan y caracterizan el concepto de pretensión, pero su defecto está en que mantienen a la acción en el campo del derecho privado.

También es relevante el pensamiento de Muther, quien polemizando con Windcheid, señala que si bien la acción contiene una pretensión, cuando es ejercida no se dirige en contra del demandado sino que se efectúa frente al Estado. Como se ve, este autor clarifica la dirección y completa el planteo de Windcheid; su principal mérito radica en que advierte el carácter público de este poder, al decir que ésta se dirige frente al Estado.

Estas tesis sostenidas por Windcheid y Muther, entre otros estudiosos, parten del supuesto de que la acción supone una concreta y efectiva violación del derecho sustancial por lo que su ejercicio corresponde sólo a aquel que tiene razón (teorías concretas). Es decir que la existencia de este poder está condicionado por la efectiva existencia del derecho afirmado. Comparten también las posiciones concretas otros autores como Wach, Bullow y Goldchmidt, que concibe el poder de acción como un derecho a la tutela jurídica

Se trata de tesis sustancialistas por su naturaleza ya que el poder de acción en su ejercicio está condicionado por la existencia efectiva del derecho sustancial violado.

En contra de estas posiciones se enfrentan otros autores que sostienen que la acción existe aunque el derecho no haya sido violado, por lo que debe afirmarse su independencia (posiciones abstractas).

En tal sentido sostienen la total y absoluta autonomía de la acción respecto del derecho sustancial y también expresan que el ejercicio de este poder puede realizarse aunque no haya disposición del derecho de fondo violado. Es decir "aunque el peticionante no tenga razón".

Estos razonamientos llegan en ciertos casos a posiciones exageradas. Así, Degenkolb expresa que la acción se configura como un mero derecho cartular absolutamente desposeído de contenido y desvinculado del derecho sustancial. Concluye en sus formulaciones que se trata de un derecho abstracto de obtener tutela jurídica con independencia de que haya sido violado efectivamente el derecho sustancial o aun en el caso en que éste no haya existido.

Todas las doctrinas de la escuela científica realizan un aporte valioso y en tal sentido su análisis no puede limitarse a los mencionadas en este capítulo para lograr un panorama completo.

Para concluir sólo diremos que actualmente se sostiene sin discrepancias que la acción es un poder de naturaleza constitucional, de carácter público ya que debe ser ejercitada ante un tribunal y es abstracto pero cuyo contenido es una pretensión que le confiere su necesaria vinculación con el derecho sustancial. La acción, como poder jurídico de acudir a la jurisdicción, existe siempre: con violación del derecho material o sin ella; con pretensión o sin ella, pues todo individuo tiene ese poder jurídico, aun antes de que nazca su pretensión concreta. El poder de accionar es un poder jurídico de todo individuo en cuanto tal y existe aun cuando no se ejerza efectivamente [38].

5. Conclusión

Modernamente, dentro de una concepción publicista del proceso y de sus poderes de realización, se sostiene que el poder de acción existe

(38) Couture, ob. cit., p. 68

con independencia del derecho sustancial subyacente. Sin embargo, la vinculación entre estos dos institutos está dada por su contenido -la pretensión- como afirmación de hechos con relevancia jurídica sustancial.

Por otra parte se sostiene su carácter abstracto, pero con una ligazón indispensable con el derecho de fondo.

La acción procesal, además, se manifiesta como un poder esencialmente dinámico y que se ejerce inicialmente por medio de la demanda (juicio civil laboral o familiar) o de la acusación (trámite penal)

Sin embargo, es importante señalar que aun antes de esos actos puede realizarse alguna actividad preparatoria que implica también un ejercicio limitado del poder de acción. En efecto, si bien el trámite de un juicio civil se inicia habitualmente por la interposición de una demanda, puede suceder que antes de entablarla el actor se vea precisado a realizar alguna actividad previa. Así podría solicitar el diligenciamiento de medidas preparatorias previstas en el C.P.C. a fin de que el actor que carece de datos suficientes los requiera por este medio antes de iniciar el trámite y de esta manera no incurrir en defectos en la petición inicial (art. 485 C.P.C.); también podría solicitarse antes de la iniciación del juicio el diligenciamiento de una medida cautelar (art. 465 C.P.C.).

En el trámite penal el juez o el Ministerio Público, antes de formular la acusación realizan una abundante actividad preparatoria y probatoria que tiene como fin determinar si existen elementos suficientes para formular requisitoria o por el contrario solicitar el sobreseimiento (arts. 328, 335 y 344 C.P.P.). En tal sentido, el fiscal podría ordenar la realización de toda actividad que estime necesaria y útil para la investigación; sea para comprobar si existió el hecho delictivo para determinar la extensión del daño causado, etcétera. Todos estos actos significan ejercicio del poder de acción aunque limitado pues su plenitud se presenta en el momento en que el fiscal formula la acusación.

Además, los caminos procesales se diversifican según se actúe para la realización del derecho civil o del penal.

Cuando se actúa en el ámbito del proceso civil, no basta el mero hecho de requerir inicialmente la actuación del órgano jurisdiccional, sino que es menester mantener la pretensión hasta su agotamiento, esto es hasta el dictado de la sentencia. Como se sabe, la actuación del juez está supeditada al requerimiento inicial que formule el actor. Pero debe señalarse que una vez admitida la petición por el órgano jurisdiccional surge para el requirente la carga procesal de instar el trámite hasta su finalización, es decir hasta el dictado de la sentencia. Caso contrario podría

producirse por su negligencia la caducidad de la instancia con los consiguientes perjuicios que esta situación ocasiona al litigante.

En efecto, no mantener la pretensión, significa no persistir en su petición ante el órgano jurisdiccional, cesar en la postulación, no perseguir ya la resolución sobre el fondo (mérito) que al demandar se pidió.

Esto puede plantearse: 1) Porque el actor reconoce su falta de razón y dispone sin más de la pretensión (desistimiento) 2) por haber sido satisfecho el interés pretendido es decir cumplida la prestación lo que implica un allanamiento tácito, 3) por haberse llegado a un acuerdo entre las partes (transacción, conciliación o avenimiento) o 4) por simple abandono de la instancia sin renuncia (perención o caducidad) [39].

En el proceso familiar y laboral debido al fuerte compromiso con el orden público que presentan, si bien el impulso inicial (demanda) debe ser formulado por las partes legitimadas al efecto, el impulso posterior está asignado al tribunal. En efecto la ley impone en estos casos el impulso procesal de oficio que significa que es el tribunal quien debe proveer el trámite hasta su finalización (arts. 34 de la ley 7676 y 15 de la ley 7987)

En materia penal, en cambio, quien promueve inicialmente la acción es el fiscal penal el cual puede actuar oficiosamente, sin necesidad de requerimiento de parte. Sin embargo, el C.P.P. impone impulso procesal de oficio (art. 5° C.P.P.) que es inherente a la primera etapa del proceso penal; sin embargo, esta regla se atenúa en la etapa de debate por vigencia del sistema acusatorio.

(39) Clariá Olmedo, ob. cit., ps. 25 y 26

CAPITULO XIII

Excepción procesal

Sumario: 1. Concepto. 1 1 Dificultades terminológicas 1 2 Naturaleza jurídica 1 3. Problemas vinculados al estudio de la excepción. 2. Oposición a la pretensión 2.1. Oposición a la pretensión civil. 2 1.1. Actitudes que puede asumir el demandado ante el traslado de la demanda. 2 1 1.1. Actitudes omisivas 2 1 1 2 Contesta la demanda 2 1 1 3 Cuestión de puro derecho. 2 1 1 4 Reconocimiento de los hechos y del derecho. 2 1.1.5. Oposición de excepciones en sentido estricto. 2 1.1 6 Reconvención. 2 2. La oposición a la pretensión en el proceso penal. 3. Oposición a la pretensión en el proceso laboral y de familia

1. Concepto

Conforme la concepción unitaria que hemos brindado de la acción, concebida como un poder se advierte la existencia de otro poder denominado "excepción", atribuido también en sentido lato a todo sujeto a fin de resistir la pretensión contra él ejercida.

"En el proceso se presenta siempre, frente a quien pide la providencia, a menos otra parte, la cual generalmente (no ineludiblemente) también se dirige al juez, para pedir no sólo el rechazo de la pretensión adversaria, sino además una declaración negativa de mera certeza"[1]. Esto es consecuencia de la

[1] Chiovenda, Giuseppe, *Instituciones de derecho procesal*, Revista de Derecho Privado, 1940, p. 87.

estructura bilateral del proceso, que supone la existencia de dos sujetos enfrentados, debatiendo pacífica y dialécticamente en el proceso. Por eso se ha dicho que el proceso es un método de debate dialéctico y constituye un método para que se desarrolle un diálogo entre las partes actora y demandada. Todo lo que una parte afirma o confirma respecto de la otra debe ser conocido por ésta a fin de poder controvertir la afirmación o confirmación [2].

A partir de ese momento las constituciones incorporan los derechos sociales y se consolidan en forma definitiva la justicia constitucional.

A partir de la Segunda Guerra Mundial la organización política de los Estados sufre una profunda metamorfosis que, entre otras consecuencias, obligó a pensar en una sociedad constituida en base a instituciones diferentes. La orquestación de los países varió; así su habitual conformación político social, evidenciando el nuevo rumbo de las constituciones dictadas con posterioridad a 1945 [3].

La paz y la justicia social al par que un Estado organizado en presupuestos de protección de la libertades individuales compusieron el cuadro de situación de cartas fundamentales [4].

Las nuevas constituciones contienen principios procesales tradicionales y principios fundamentales modernos que se refieren, esencialmente, a la defensa de los nuevos derechos; el poder de excepción como expresión de la defensa en sentido amplio comprende a todos.

El poder de excepción como tal corresponde exclusivamente al demandado o al perseguido penalmente y se ejerce en el ámbito del proceso. Por ello, cierta parte de la doctrina entiende ver en el poder de excepción "*un diverso aspecto del derecho de acción*" [5].

Se identifica con el derecho de defensa atribuido a toda persona que es demandada o sindicada como autor de un delito y se ejerce en las oportunidades fijadas por la ley ritual. Se presenta, precisamente, como una facultad o atribución de concurrir ante el juez para contradecir la acción, en sentido amplio.

Cuadra destacar que a este poder "lo tiene el demandado, comparezca o

(2) Alvarado Velloso, ob. cit.
(3) Gozaíni, Osvaldo, *Introducción al nuevo derecho procesal*, Ediar, Bs. As., 1988, p. 113
(4) Gozaíni, ob. cit., p. 116
(5) Rocco, Ugo, *Trattato di diritto processuale civile*, Turín, 1966, t. I, ps. 303-304.

[illegible] la demanda [illegible] conocimiento, confesión, etc. [illegible] haga" [6]. [illegible] Clariá Olmedo en una acepción genérica la excepción "*es un [illegible] de defensa que el demandado opone a la pretensión del actor esgrimiendo [illegible] impeditivos o extintivos*" [7].

Por su parte, Couture atribuye a la *excepción* un significado más amplio, expresando que "*es el poder jurídico de que se halla investido el demandado para oponerse a la acción promovida en su contra*" [8].

Cabe advertir que aunque inicialmente la doctrina al procurar delimitar la naturaleza del poder de acción, lo ha realizado en la perspectiva del proceso civil, pero, sin embargo, este poder genérico de defensa también se manifiesta en el proceso penal y le asiste muy especialmente al imputado. En efecto, el sujeto perseguido penalmente como consecuencia del ejercicio de la acción y aún antes, esto es durante la investigación fiscal preparatoria, "se encuentra munido del poder de plantear pretensiones con fundamento opuesto o diverso al de la imputación postulando se lo absuelva o se dé una declaración de menor responsabilidad. También puede pretenderse la eliminación, la paralización o el cierre de proceso, por no ser viable el ejercicio de la acción o mediar algún impedimento para resolver sobre el fondo" [9].

Así, el tema de la excepción, dentro de la teoría general del proceso, encuentra puntos de contacto con el de acción.

Por ello se nos presenta la acción como el poder de atacar y la excepción como la expresión del derecho a oponerse. Esto es consecuencia del carácter bilateral del proceso judicial, lo cual determina que frente a un actor que pretende, se sitúe otro sujeto que contradice. Ambos ejercen un poder que la ley les confiere a ellos con carácter de exclusividad y cuyo ejercicio se verifica únicamente en el proceso.

La excepción a que la acción y la jurisdicción reconocen rango constitucional, puesto que a través de su ejercicio se efectiviza el derecho de defensa en juicio. En efecto, encuentra fundamento específico en el art. 18 C.N. que expresa "es inviolable la defensa en juicio de la persona y

(6) Véscovi, ob. cit., p. 89
(7) Clariá Olmedo, ob. cit., 1984, t. I., p. 162.
(8) Couture, Eduardo J., *Fundamentos del derecho procesal civil*, Depalma, Bs. As. 1976, p. 89
(9) Clariá Olmedo, Jorge, *Derecho procesal penal*, Lerner, Cba., 1984, p. 162

[illegible] derechos" y esta defensa, quizás la más genérica de las garantías constitucionales es tomada y reglamentada en las leyes (códigos procesales, leyes orgánicas y leyes complementarias). Es así que la garantía del art. 18 C.N. ampara a toda persona a quien la ley reconoce legitimación para actuar en juicio en defensa de sus derechos, sea que asuma el carácter de actor, demandado, reconviniente, querellante o acusado, o tercero con interés suficiente, pues no se justifica un tratamiento distinto a quien postula el reconocimiento de un derecho, así fuere de obtener la imposición de una pena o el de quien se opone a ello [10].

Cabe señalar que el derecho de defensa en juicio, también abarca la garantía del debido proceso, que no se agota con el mero ejercicio de la jurisdicción sino que, además, requiere de otros aditamentos que se actúan durante el trámite, comprensivo del derecho de audiencia y de prueba. En este sentido, la doctrina ha señalado que "la garantía de defensa en juicio consiste, en último término, en no ser privado de la vida, libertad o propiedad sin la garantía que supone la tramitación de un proceso desenvuelto en la forma que establece la ley" [11]. La garantía del debido proceso, constituye un despliegue de la fundamental garantía de la defensa en juicio.

De otro lado, cabe señalar que el derecho de excepción se fundamenta también en un interés general, el que está presente en el concepto de acción y ambos tutelan el interés público en el respeto de las garantías fundamentales que hacen a la organización jurídica del Estado. Ellas [illegible] que ningún habitante de la Nación sea condenado sin ser oído y sin brindarle los medios adecuados para su defensa, en un plano de igualdad. Estos principios se encuentran íntimamente vinculados con el de "[illegible]lidad", cuya vigencia impide a los particulares hacerse justicia [illegible] mano ante el quebrantamiento del orden jurídico. Es que al [illegible]ción jurisdiccional como pública manifestación del poder [illegible] para la realización jurídica le compete el derecho a formular objeciones fundadas en la ley procesal o sustancial.

Cabe señalar que el poder de excepción, al igual que la acción, constituye un poder de carácter abstracto pero con contenido determinado que denominamos "pretensión". Es así que el contenido del

(10) Morello, Mario Augusto, *El proceso justo*, LEP, Bs. As., 1994, p. 204

(11) Couture, ob. cit., p. 101

[illegible] opuestos a la pretensión del actor, que respecto de [illegible] presentan similitudes y diferencias.

Así señalamos que la acción o la postulación del actor debe ser ineludiblemente formulada; en cambio, la pretensión del demandado puede consistir en afirmaciones de hechos opuestos con relevancia jurídica o estos hechos pueden estar representados por simples actitudes omisivas. Estas situaciones también configuran la pretensión del demandado y establecen el vínculo entre el poder de excepción y las normas del derecho sustancial. Es así que quien se defiende y ejerce el derecho de excepción en sentido amplio, lo hace conforme al plexo jurídico sustancial, que regulan los códigos de fondo, v.gr., el Civil, Penal, de Comercio, etcétera. No es posible realizar oposición para satisfacer aspiraciones ajenas al orden jurídico [12].

Determinado el origen constitucional del poder de excepción, como su necesaria vinculación con el derecho sustancial, cabe señalar las vías procesales para su ejercicio que se especifican en los códigos formales.

Como se advierte, la resistencia que puede ofrecer el demandado o imputado ofrece contenidos diversos. Esto es así, por cuanto la actitud que asume el accionado puede consistir en una actitud omisiva (rebeldía), en una simple negativa de los hechos invocados por el actor como sustento fáctico de la pretensión por él esgrimida o de la eficacia jurídica que cabe asignarles. En este último caso se niega el elemento constitutivo o el vínculo de sujeción jurídica que se afirma como cierto. Tal ejercicio importa poner en acto al poder de excepción en sentido amplio o impropio.

Por otra parte, técnicamente y utilizando una acepción restringida, el vocablo "excepción" se refiere a ciertos tipos de defensas regladas por la ley procesal y en otros casos, por la sustancial. Nos estamos refiriendo al concepto de excepción en sentido estricto que reconocen identidad conceptual y nominación expresa en el sistema jurídico.

La oposición de excepciones, en sentido estricto, importa para el demandado una posibilidad de introducir objeciones fundadas en la falta de algún presupuesto procesal o dirigidas a poner de manifiesto alguna obstancia sustancial. Tal sucede con las posibilidades previstas en los

(12) De la Rúa, Fernando, *Proceso y justicia*, Lerner, Bs. As., 1980, p. 31

códigos de fondo, para resistir la pretensión jurídica contra él ejercida, que se viabiliza a través de modos reglados por la ley sustancial (v.gr., los medios extintivos de las obligaciones consagrados en el art. 724 C.C., la prescripción liberatoria, etcétera). Así podrá el demandado alegar ante un reclamo de carácter patrimonial, el haber pagado o que la obligación se encuentra prescripta.

Como se advierte, el contenido del poder de excepción, es diverso. Dicho de otro modo, presenta diferentes modalidades y la característica de exhibir pluralidad de contenidos a pesar de que reviste singularidad ya que se trata de un poder único (sentido unitario).

Por otro lado, se señala que el ejercicio del poder de excepción en sentido estricto se manifiesta en diferentes oportunidades, ya sea que se ejercite en el proceso civil o en el proceso penal. Sin embargo, en forma coincidente, sea cual fuere el tipo de proceso, la ley señala la secuencia u tiempo en que debe ser puesto en acto. De otro modo, si la postulación se realiza en un momento diferente, no resultaría aceptado por vigencia de la regla de la preclusión. Así por ejemplo, en el caso del proceso penal, el sujeto perseguido lo habrá de ejercer a partir de que sea imputado o sindicado como presunto autor de un delito; en tanto, que en el proceso civil, efectivamente, lo ejerce al contestar el traslado de la demanda.

En cuanto al órgano a quien corresponde este poder, se identifica con el sujeto posicionado en la faz pasiva de la relación jurídica procesal.

En esta situación puede encontrarse cualquier tipo de persona, ya sea física o jurídica, de derecho público o privado. Piénsese, por ejemplo, cuando es demandada una sociedad comercial, una simple asociación o el Estado o provincia. También puede manifestarse el accionado en forma singular o plural. En ese último caso, se presenta una situación de litisconsorcio pasivo ya sea de naturaleza necesaria o de carácter voluntario. Tal sucede por ejemplo, cuando el propietario de un fundo deduce un interdicto de daño temido o de obra nueva, contra los propietarios del inmueble contiguo que reviste la forma de condominio; también, cuando un heredero entabla juicio persiguiendo la nulidad del testamento en contra del heredero testamentario y legatario, etcétera.

La realización o desenvolvimiento del poder de excepción, exige de su titular que ostente capacidad procesal. Si ella faltare, ya sea porque se trata de un incapaz, absoluto o relativo, deberá acudirse al régimen de la representación de los incapaces que organiza el derecho de fondo a partir de los arts. 57 a 59 C.C. En este sentido, son representantes de los

incapaces, los padres (art. 264 C.C.), los tutores y los curadores. Además, la ley le asigna una representación promiscua a través del Ministerio de Menores (art. 59 C.C.). En tanto que si se trata de un inhabilitado, de los contemplados en el art. 152 bis C.C., deberá ser asistido por su curador. Cabe señalar, que el régimen de asistencia se diferencia del de representación. En efecto, "en el caso de la asistencia, el inhabilitado sí puede ejercer personalmente sus derechos, pero la voluntad jurídica relevante para el otorgamiento de un acto jurídico, se integra con la del curador, quien expresa sus asentimiento para la realización del acto" [13].

En cambio, en el proceso penal, el titular del poder de excepción es cualquier persona que deba soportar la persecución penal. El concepto se ciñe a toda persona de existencia visible que puede verse constreñida en su libertad por la declaración de culpabilidad. Como se ve, no puede ser perseguida penalmente una persona jurídica sino que en su caso si correspondiere la responsabilidad se intentará contra las personas físicas que asumen la representación.

Este poder en el ámbito del derecho penal, se traduce en la necesidad de defensa del imputado que a la vez condiciona y orienta el ejercicio de los otros dos poderes de realización (acción y jurisdicción) a lo largo del proceso [14].

En este sector, también puede presentarse causas con pluralidad de imputados, en los que la defensa podrá organizarse en forma individual o mediante el empleo de un defensor común con la limitación de la incompatibilidad en el ejercicio del ministerio.

Otra cosa sucede cuando la complejidad de la causa es objetiva. En este caso, se podrán plantear por ejemplo, cuestiones relativas a la competencia por conexión (art. 47 C.P.P.), acumulación de causas (art. 49 C.P.P.), prioridad de juzgamiento, etcétera

Cabe señalar además, que si en el ámbito del proceso penal se ejercita la pretensión civil resarcitoria, el imputado que reviste la calidad de demandado respecto a ella, también podrá ejercer el poder de excepción en cuanto al mérito o en cuanto al rito.

(13) Rivera, Julio César, *Instituciones de derecho civil*, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1998, p. 402.
(14) Clariá Olmedo, ob. cit., p. 165

1.1. Dificultades terminológicas

Existe disparidad en la doctrina cuando se trata de precisar el [illegible] de excepción. En lenguaje común la voz "excepción" significa "[illegible] y efecto de exceptuar, cosa que se aparta de la regla o [illegible] general de las demás de su esencia", o "*título o motivo [illegible] que el demandado alega para hacer ineficaz la acción del demandante, como el pago de la deuda, la prescripción del dominio, etcétera*" [15].

El vocablo "excepción" proviene del latín *exceptio onis* con el sentido [illegible] cosa que se aparta de la regla a condición general de los demás de [illegible] pero en derecho tiene el sentido de constituir el título o [illegible] jurídicamente relevante, que el demandado alega para tornar [illegible] la acción del demandante [16].

Técnicamente y, en sentido amplio, es sinónimo de cualquier defensa [illegible] a la pretensión del actor (oposición genérica).

Parte de la doctrina representada por las posiciones de Chiovenda y [illegible], distinguen entre los conceptos de defensa y la excepción. En [illegible], la "defensa" constituye la negación del fundamento de la [illegible], en cambio, la segunda -excepción- es la oposición formulada [illegible] de la invocación de algún hecho impeditivo, extintivo o [illegible] que excluye los efectos jurídicos [17].

[illegible] concepción de Carnelutti, la defensa es la negación de los [illegible] de hecho y de derecho de la demanda. La excepción importa [illegible] de hechos distintos tendientes a destruir la razón de las [illegible] del demandante. Estos hechos, para este autor, implican la [illegible] de los términos de la litis ya que se introducen hechos [illegible]. La distinción se fundamenta en que quien se opone sostiene [illegible] del mismo hecho histórico en que se funda la demanda, y [illegible] o impugna. En esta postura, la noción de excepción conlleva [illegible] aportación de elementos de hecho y de derecho que, por [illegible] ser distintos de los que constituyen el fundamento de la

(15) [illegible] Lengua Española, Real Academia Española, 19ª ed., Espasa Calpe, [illegible]

(16) [illegible], "Derecho de excepción. Excepciones", en *Derecho procesal civil* [illegible], Cba., 1997, p. 130.

(17) Chiovenda, José. *Principios de derecho procesal civil*, Reus, Madrid, 1922, ps. 76 y 77.

[illegible] que se produce un ensanchamiento del objeto litigioso.

En nuestra concepción, la voz "excepción" tiene una acepción amplia y otra restringida.

La primera, es atributiva de cualquier actitud defensiva que pueda asumir el demandado que importe resistencia efectiva o no a la pretensión del actor. Así la defensa en sentido amplio comprende, la simple ausencia del demandado o perseguido, la negativa amplia u otra forma de oposición concreta que se satisface mediante la presentación de cuestiones jurídicas. Esta postura permite sostener que es posible hablar de la pretensión de demandado o imputado [18].

En tanto que la excepción, en sentido estricto, implica la interposición de defensas específicamente previstas en los códigos, sean éstas de naturaleza procesal o sustancial.

1.2. Naturaleza jurídica

En rigor, la excepción es un poder que presenta individualidad. Desde la perspectiva de su manifestación, esto es extrínsecamente, es un poder distinto al de la acción, aunque se corresponda con éste y reconozca por su fuente la misma naturaleza.

Desde el punto de vista intrínseco, presenta aptitud para captar diferentes contenidos ya sea de orden sustancial o procesal, en tanto cumplan la función de constituir una concreta oposición a la pretensión del actor.

Sin embargo, ello no impide considerarlo en sentido unitario, es decir, como un poder único con eficacia procesal. Se trata de un concepto gestado a partir de la orientación denominada concreta y abstracta de la acción; es que la excepción tiene una manifestación en la teoría procesal que resulta análoga al de la acción. Por lo tanto, constituye un poder genéricamente otorgado al demandado o imputado o a quien se ubique en su lugar. Es abstracto por cuanto se ejerce cuando se tenga razón o se

(18) Clariá Olmedo, *Derecho procesal*, ob. cit., t. I, p. 312.

carezca de ella; en otras palabras, este poder lo ostenta el demandado independientemente que le asista o no derecho alguno. De allí que se diga que "es el derecho abstracto a obtener la sentencia justa que resuelva el litigio planteado, luego de disponer de la oportunidad de ser oído" (19). De tal manera, se resume en un poder que le compete al demandado o perseguido penalmente, quienes decidirán el contenido que le atribuirán y, en definitiva, si efectivamente lo pondrán o no en ejercicio. Por tratarse de un poder, es suficiente con que su titular haya tenido una razonable oportunidad de ejercerlo. Es decir, de ser oído en el proceso, ya sea para alegar, para oponer excepciones, ofrecer prueba, plantear recursos que la ley procesal contemple, etcétera.

Las teorías procesales que han tratado de justificar el poder de acción, también se han ocupado del de excepción. Es así que en un primer momento cuando el derecho procesal se identificaba con el sustancial, y carecía por lo tanto de autonomía, la "excepción" se manifestaba vinculada al derecho subjetivo del demandado. Posteriormente y con el advenimiento del cientificismo del derecho procesal, se consideró a la excepción como una potestad independiente del derecho de fondo, primero concreto y luego en una evolución posterior, como un derecho abstracto.

En síntesis, desde el punto de vista de su esencia, el poder de excepción es paralelo al de acción; ambos tienen fundamento constitucional, igual naturaleza y similar contenido aunque éste se manifiesta en forma opuesta. Cabe señalar sin embargo, que se diferencian cronológicamente, ya que para que el poder de excepción pueda ser ejercido es necesario que previamente el actor haya puesto en movimiento el poder de acción y que la pretensión haya sido admitida por el juez, lo cual importa a su vez, el ejercicio del poder de jurisdicción.

Por lo tanto, es posible afirmar que los poderes de acción, excepción y de jurisdicción responden a una concepción unitaria en virtud de la eficacia procesal que resulta de su ejercicio en el ámbito del proceso. Estos poderes son convergentes y se enlazan desde la perspectiva del contenido sustancial del proceso. Por ello, puede decirse que tanto el poder de acción como el de excepción son poderes homogéneos, aunque contienen diferentes pretensiones.

(19) Devis Echandía Hernando, *Teoría general del proceso*, Universidad, Bs. As., 1997, p. 207

1.3. Problemas vinculados al estudio de la excepción

Hemos asignado a la excepción idéntica naturaleza jurídica que a la acción, considerándolos como poderes homogéneos, que exhiben pretensiones paralelas aunque con fundamento opuestos y que tienen vinculación con el derecho sustancial. Sin embargo, al adentrarnos al estudio del poder de excepción se advierten dificultades referidas al órgano en cuanto titular de su ejercicio, a la oportunidad de su promoción y a su eficacia con respecto a la prestación de la jurisdicción (20).

Con respecto al titular de este poder, como se apuntó, se le concede a todo individuo de la comunidad que pueda ser hipotéticamente demandado o imputado. En concreto, se atribuye al sujeto pasivo de la relación jurídica procesal, que se identifica en el acto promotor del proceso, es decir, en la demanda o acusación, como demandado o perseguido penalmente.

En este enfoque se advierte que el ejercicio opera de modo diferente según sea el caso. Es así que la promoción de la acción limita las cuestiones que son de interés del actor, ya que la jurisdicción no se pronunciará sobre temas que no sean propuestos por éste. En cambio, el tribunal puede asumir de oficio cuestiones opuestas al interés del actor y que resulten beneficiosas para el demandado, aun cuando éste nada hubiera dicho.

Esta dificultad es superada por la postura que considera al poder de acción y de excepción como poderes homogéneos en lo atinente a su esencia y destino, sin tener en cuenta la pretensión que pueda manifestar cada uno.

En lo atinente a la oportunidad de su ejercicio, el problema se manifiesta con mayor claridad cuando se tiene que analizar esta posibilidad de actuación vinculada al derecho sustancial que se pretende realizar. En efecto, según sea la naturaleza del derecho sustancial que se realiza mediante el ejercicio del poder de acción, jurisdicción o de excepción, rigen diferentes principios

Así, si se trata de la aplicación de la ley penal, la satisfacción del derecho se orienta a través del principio de legalidad y excepcionalmente, del de oportunidad.

(20) Clariá Olmedo, *Derecho procesal*, ob. cit., p. 320.

El principio de legalidad ha sido conceptualizado como "la automática e inevitable reacción del Estado a través de órganos predispuestos, que frente a la hipótesis de la comisión de un delito, se presenta ante los órganos jurisdiccionales reclamando la investigación, el juzgamiento y, si corresponde, el castigo del delito que se hubiera comprobado" [21].

En cambio, el principio de oportunidad es "la atribución que tienen los órganos encargados de la promoción de la persecución penal, fundada en razones diversas de política criminal y procesal, de no iniciar la acción pública, o de suspender provisionalmente la acción iniciada, o de limitarla en su extensión objetiva y subjetiva, o de hacerla cesar definitivamente antes de la sentencia, aún cuando concurran las condiciones ordinarias para perseguir y castigar" [22]. Este principio encuentra dos formas de regulación, la denominada libre y la de la oportunidad reglada.

La primera, propia del derecho anglosajón, parte de la premisa de que el fiscal sólo lleva a juicio aquello que puede ganar logrando una condena. Se trata de una modalidad que comulga con el espíritu de este derecho que reposa en el éxito de la acusación. Es decir, si no hay probabilidad de obtener una sentencia de condena, no se acusa; así el fiscal puede iniciarlo o no hacerlo, puede una vez iniciado, desistirlo, puede acordar con el acusado rendir los cargos y disminuir su pedido de pena en la medida que éste acepte su responsabilidad en el hecho y hasta puede dar lugar a la impunidad total o parcial por la comisión de un delito, cuando ella sea útil para el descubrimiento de otro más grave.

Por su parte, el sistema de la oportunidad reglada, propia del derecho continental europeo, significa que sobre la base de la vigencia del principio de legalidad, se admiten excepciones por razones de oportunidad que se encuentran previstas en la legislación penal. La aplicación en el caso concreto queda a cargo de funcionarios judiciales predeterminados, generalmente, con el consentimiento del imputado -a veces, también, de la víctima- y requiere control del órgano jurisdiccional (sobre si el caso es de los que la ley autoriza abstractamente a tratar con criterios de oportunidad, y sobre si amerita concretamente dicho tratamiento) [23].

(21) Cafferata Nores, José I., *Cuestiones actuales sobre el proceso penal*, 2ª ed. actualizada, Editores del Puerto, Bs. As., 1998, p. 26.
(22) Cafferata Nores, ob. cit., p. 38.
(23) Cafferata Nores, ob. cit. p. 41.

La realización del derecho penal se basa y orienta conforme la vigencia de estos principios que hemos reseñado sucintamente y que determinan el desenvolvimiento de los poderes de acción y de excepción. Vinculado a este último, en lo que atañe a la cuestión penal, se concentra en el ejercicio del derecho de defensa que constitucionalmente se le reconoce al imputado y que se desenvuelve para contradecir la persecución penal.

En sentido amplio, en el proceso penal, corresponde este poder a todo particular que deba intervenir en el proceso penal [24]. Pero, específicamente, se le reconoce este poder al sujeto imputado, enfrentado formalmente al acusador, desde que sus intereses aparezcan amenazados en concreto.

La razón de la defensa se justifica en el reconocimiento de la libertad que tiene todo sujeto. De allí que este poder sea considerado una proyección de la garantía constitucional de la inviolabilidad del derecho de defensa en juicio y su ejercicio se integra con la defensa material y la técnica de carácter obligatorio. El contenido de la defensa material es múltiple y abarca desde una imputación grave impuesta por el Código Penal hasta la alegación de la propia inocencia, en cuyo caso se procura la absolución; también puede exhibirse en una pretensión de menor responsabilidad en lo material que persiga una condena menor o por último, puede tratarse de una pretensión de ineficacia de la persecución pero limitada al aspecto formal, v.gr., la excepción interpuesta por haberse promovido mal la pretensión o por no haber sido iniciada legalmente o porque no se pudiere proseguir.

A la luz de estas consideraciones, se advierte sin dificultad que el poder de excepción también en este sector jurídico manifiesta multiplicidad de contenidos, que deviene en concreto de las actitudes que asuma el perseguido penalmente y que serán motivo de análisis *infra*.

En lo atinente a la eficacia del poder de excepción y de acción, también acusan diferencias. La acción procesal se ejerce para obtener una decisión de fondo sobre el fundamento que se alega como existente: razón o falta de razón [25]. En cambio, el poder de excepción, puede en concreto ser ejercido o no; no obstante ello por la existencia de ciertas circunstancias

(24) Clariá Olmedo, Jorge, *Derecho procesal*, Depalma, Bs. As., 1984, t. I p. 162.
(25) Clariá Olmedo, Jorge, *Derecho procesal*, Depalma, Bs. As., 1982, t. I p. 333.

impeditivas, puede no llegar a resolverse sobre el fondo de la cuestión. Puede suceder, entonces, que el poder de acción se haya ejercido pero la acción no alcanza su destino cuando aparezca un obstáculo impeditivo, ya sea en forma provisoria o definitiva, que excluye la decisión sobre el fondo del asunto.

Las circunstancias que operan como vallas para el pronunciamiento sobre el fondo, pueden aparecer en el inicio mismo del proceso o suscitarse con posterioridad durante el curso de su desarrollo o en la decisión final. En parte, constituyen lo que se ha dado en llamar «presupuestos procesales», y en parte son también cuestiones previas, pero que revisten el carácter común de ser cuestiones «obstativas».

2. Oposición a la pretensión

La defensa, en sentido amplio, significa -como se ha dicho- la oposición a la pretensión esgrimida por el actor. En efecto, la excepción puede ser planteada en el proceso civil, penal, familiar y en laboral en forma similar aunque con diferentes características y oportunidades.

La diversidad en su manifestación tiene que ver en primer lugar con el derecho de fondo subyacente que se pretende realizar y, además, con el sistema elegido por el legislador para la realización jurisdiccional de aquél. También se vincula con la actitud defensiva que elija el demandado o imputado.

Analizaremos, en tal sentido, las diferentes formas de manifestación en los distintos procedimientos.

Cabe advertir que no hay coincidencia en el tratamiento legislativo sobre la enumeración de las cuestiones que pueden ser caracterizadas como de articulación previa; pero sí existe coincidencia en cuanto a la taxatividad de las cuestiones previstas en la ley. Por tal razón, es que cuando el precepto legal no contempla una determinada cuestión como de articulación previa, debe necesariamente ser introducida con la contestación.

Cabe señalar que en la regulación de las excepciones, el legislador, tiene en cuenta el principio de economía procesal y sus derivaciones, consistentes en el de eventualidad y de concentración procesal.

Por aplicación del principio de eventualidad el demandado deberá deducir simultáneamente y en un solo acto, todos los medios de ataque o defensa de que disponga. Por cierto, que ello deberá ser realizado con un orden de prioridad, en previsión de que los primeros propuestos fueren

desestimados [26]. Se consagra el principio de eventualidad, por vigencia de la regla de preclusión, la que impone al demandado que comparece, asumir alguna de las actitudes defensivas que señalamos *infra*. De este modo, se presenta un caso de consumación de actividad mediante su ejercicio, al acumular eventualmente todos los medios de ataque y de defensa, para que *ad eventum* sean resueltos. Ello se realiza en la prevención de que si alguna de las defensas resultare rechazada, inmediatamente el tribunal se pronunciará sobre las siguientes; de otro modo, se presenta un preclusión y no podrán ser intentadas posteriormente. Opera la presunción irrefragable de que el accionado contaba solamente con los medios defensivos planteados.

Por otra parte, la concentración también se presenta, ya que en el acto de contestación se reúne la mayor actividad procesal, que consiste en la deducción simultánea de todas las excepciones con que cuenta el accionado. Recuérdese que conforme explicitáramos, la concentración procesal se presenta cuando «se da la reunión de mayor actividad procesal en el menor número posible de actos» [27].

En conclusión, el poder de excepción tiene una doble orientación. Por un lado, se manifiesta por circunstancias obstativas que hacen a la inexistencia de los presupuestos procesales para el ejercicio válido del poder de acción. Por el otro, se trata de obstáculos jurídicos introducidos por el demandado y que atacan el fundamento alegado por el actor para el éxito de su pretensión.

El estudio que expondremos de la oposición a la pretensión, en los distintos sectores jurídicos procesales, se realiza con relación a la teoría general de las excepciones sin ahondar en el tratamiento particularizado detallado de las especificidades que se presenta en cada fuero, lo cual corresponde al derecho procedimental.

2.1. Oposición a la pretensión civil

El poder de excepción, como hemos apuntado, ofrece una variada gama de contenidos. Por lo tanto, es posible sostener que este poder no

(26) Véscovi, Enrique, *Código General del Proceso*, Abaco, Bs. As., 1995 t. 3, p. 353

(27) Díaz, Clemente *Instituciones del derecho procesal*, Abeledo-Perrot Bs. As., 1968 p. 256

rece una tutela jurídica determinada, sino que dependerá de las cuestiones de índole material o procesal que esgrima el accionado al tiempo de contestar la demanda. Es que tanto la acción como la excepción pueden manifestar en su contenido una o varias pretensiones. El contenido de la excepción es una pretensión la que se conforma por la afirmación de hechos jurídicamente relevantes opuestos a la pretensión del actor. La petición del demandado se dirige al órgano jurisdiccional, que es su destinatario.

Conviene destacar que el poder de excepción se diferencia del de acción desde el punto de vista de su proyección frente al tribunal. En efecto, puede suceder que aun sin que el demandado realice postulación alguna se rechace la pretensión del actor; en cambio, por regla general, el llamado principio de congruencia impide resolver a favor del actor cuestiones que éste no haya postulado. Es que no hay jurisdicción sin actor, pero sí puede haberla sin demandado, al menos en su específica determinación [28].

La doctrina reconoce diferentes actitudes que puede asumir el demandado en oportunidad de correrse traslado de la demanda. La contestación de la demanda es el acto procesal mediante el cual el sujeto pasivo de la pretensión -demandado-, reclama ante el órgano jurisdiccional la desestimación de aquélla y brinda su versión de los hechos. En rigor, constituye una manifestación del poder de excepción, en sentido lato e importa el cumplimiento de una carga procesal o, lo que es lo mismo, una atribución impuesta [29]. Esto significa que «producir o no la actividad, es el resultado de la libre determinación del sujeto, sin que se afecte ningún interés propio o ajeno cuando ésta fuera negativa» [30]. En otras palabras, contestar la demanda es una carga procesal que como tal implica un imperativo del propio interés del sujeto sobre quien pesa. Piénsese que en el proceso civil tanto el

(28) Clariá Olmedo, *Derecho procesal*, ob. cit., t. I, p. 315.

(29) El art. 192 C.P.C. dispone: "... el demandado deberá confesar o negar categóricamente los hechos afirmados en ella, bajo pena de que su silencio o respuestas evasivas puedan ser tomadas como confesión. La negativa general no satisface tal exigencia. Deberá también reconocer o negar categóricamente la autenticidad de los documentos acompañados que se le atribuyen y la recepción de las cartas y telegramas a él dirigidos que se acompañen, bajo pena de tenerlos por reconocidos o recibidos según el caso. Será aplicable a la contestación de la demanda lo dispuesto en el art. 182"

(30) Clariá Olmedo, *Derecho procesal*, ob. cit., t. I, p. 170.

sujeto activo de la relación procesal como el pasivo, tienen el imperativo de cumplir cargas procesales. Así, por ejemplo, en un juicio ordinario por cobro de pesos planteado por el actor pesa sobre el demandado la carga de contestar la demanda, de ofrecer y producir pruebas, y si así no lo hiciere no podrá ser compelido a realizarlo pero su actitud reticente generará una presunción contraria a sus intereses (sujeción facultativa)."

Cabe señalar, además, que la extensión de esta carga no se limita al cumplimiento de una conducta en forma positiva, por ejemplo, la negativa general de la existencia del hecho constitutivo de la demanda. Modernamente, se sostiene, con fundamento en el principio de solidaridad y colaboración, que el demandado debe expresar su versión sobre los hechos y que ésta debe ser expuesta con claridad. Esto es, al decir de Peyrano, que el sujeto determine inequívocamente su postura (hablar claro) [31].

Esta regla incorporada en los ordenamientos procesales también está contenida en nuestro C.P.C. en el art. 192, que expresa que "el demandado deberá confesar o negar categóricamente los hechos afirmados en demanda bajo pena de que su silencio o respuestas evasivas puedan ser tomadas como confesión" y agrega, reiterando el espíritu de la norma que "una negativa general no satisface esta exigencia..."

Como se advierte, por tratarse de una carga procesal, no es obligatorio para el accionado pero la no realización de este acto le coloca en una situación desfavorable, ya que hace surgir en su contra, una presunción judicial de reconocimiento de los hechos expuestos en el escrito introductivo.

Ambos actos procesales -demanda y contestación- son de suma trascendencia para el proceso ya que conforman la *litis contestatio*. Con ellos se introducen definitivamente las pretensiones (*thema decidendum*). Sobre los hechos allí fijados ha de versar la actividad en las otras etapas, esto es en la prueba, la discusión y la sentencia. La oposición del demandado y, en especial, si opone excepciones en sentido estricto, apareja la ampliación de los términos del litigio, pero no altera el *thema decidendum*, objeto del proceso que se define en la demanda.

Es de tal significación en el proceso la fijación de estos hechos que si el juez al fallar se aparta de ellos, la sentencia puede resultar objeto de

(31) Peyrano, Jorge W., "*Clare-loqui* (hablar claro en materia procesal)", L.L. 1992-B, 1159, Sec. Doctrina.

impugnaciones por vicios en la congruencia. Tal defecto se manifiesta cuando la resolución incurre en *ultra o extra petita* (más allá de lo pedido o fuera de lo pedido) o *citra petita*, cuando el juez no se pronuncia sobre todos los capítulos propuestos.

Respecto del contenido del escrito de contestación, en la hipótesis planteada el accionado debe desconocer los hechos y el derecho en que se funda. También tiene la carga de negar (o reconocer, en su caso), la autenticidad de los documentos acompañados que se le atribuyan y la recepción de las cartas y telegramas a él dirigidos que se acompañen en la demanda. Es que el demandado en esta oportunidad hace pleno uso del poder de contradecir las alegaciones del demandante.

La negativa debe ser categórica, clara y terminante, evitando las evasivas, ambigüedades o imprecisiones. Por supuesto que debe estar referida a los hechos fundamentales o esenciales.

Por lo tanto, la negativa de un hecho esencial, torna innecesario negar los hechos secundarios o dependientes del principal o de su fundamento.

Cabe señalar que también puede el demandado en esta oportunidad asumir otras actitudes defensivas, las que se encuentran especificadas en el cuadro de la página 86.

Actitudes [illegible] puede [illegible] el [illegible]tado [illegible] el [illegible]

- No contesta la demanda
- Contesta la demanda
  - Niega los hechos y el derecho
  - Reconoce los hechos y niega el derecho
  - Reconoce los hechos y el derecho
  - Opone excepciones
  - Reconviene

Por otra parte, en los nuevos ordenamientos procesales se modifica la estructura formal que utiliza nuestro C.P.C., y aunque se mantiene la etapa introductoria en forma escrita, integrada por formulaciones del actor y demandado, inmediatamente de concluida aquélla, se propone una audiencia preliminar, como instrumento oralizado. Entre las funciones que se le asignan a este instituto, está la trascendente denominada de saneamiento del proceso. Esta tarea es realizada por el juez para eliminar las nulidades que pudieren afectar al trámite, asimismo en esta oportunidad fija los hechos litigiosos que serán objeto de prueba [32].

2.1.1. Actitudes que puede asumir el demandado ante el traslado de la demanda

En los juicios declarativos generales, interpuesta la demanda y admitida formalmente, se corre traslado al accionado a fin de que esgrima sus defensas.

Según señala Palacio «*traslados son las providencias mediante las cuales el juez o tribunal dispone poner en conocimiento de una de las partes alguna petición formulada por la otra*» [33]. Es que la relación que se suscita en el proceso civil entre los sujetos esenciales se manifiesta en forma triangular, quiere decir que actor y demandado no encuentran contacto directo entre sí en el proceso, sino que la comunicación se entabla siempre por intermedio del juez.

El demandado en oportunidad de contestar el traslado puede asumir distintas actitudes:

2.1.1.1. *Actitudes omisivas*

Esta postura -como ya dijimos- implica el incumplimiento de una carga procesal que no debe interpretarse como una obligación en el sentido

(32) Adscripto al sistema el art. 360 C.P.N., encuentra fundamento en diferentes propuestas procesales en boga como el Anteproyecto de Reformas al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación de 1993, elaborado por los Dres. Roland Arazi, Mario Kaminker, Isidoro Eisner y Mario A. Morello, el Anteproyecto de Reforma del C.P.C. de la Nación elaborado por los Dres. Julio Cueto Rúa, Carlos R. Colombo, Raúl A. Etcheverry y Héctor G. Umaschi, para citar sólo algunos de los precedentes.

(33) Palacio, Lino, *Tratado derecho procesal civil*, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1979, t. V, p. 341

que el derecho civil le asigna a esta palabra. Ello porque el actor y el mismo tribunal, carecen de medios para compelerlo a su cumplimiento [34]. En este orden de ideas, Couture, conceptualiza a la carga procesal como una situación jurídica instituida en la ley, consistente en el requerimiento de una conducta de realización facultativa, normalmente establecida en interés del propio sujeto, y cuya omisión trae aparejada una consecuencia gravosa para él. La carga es una conminación o compulsión para ejercer el derecho, en este caso, para contestar la demanda [35].

Queremos decir, entonces, que frente a la citación efectuada al demandado para que se defienda sus actitudes omisivas pueden resultar de dos hipótesis:

1) el demandado no cumple con la carga procesal de comparecer y constituir domicilio legal (juicio en rebeldía) [36].

Presentada y admitida la demanda, el juez llama a los demandados para que asuman la calidad de tales, esto se denomina "emplazamiento" [37]. En esta oportunidad se ejerce la *notio* y también la *vocatio* al llamar al demandado para que comparezca en el proceso y con su citación se satisface la bilateralidad. Ante tal requerimiento el accionado puede concurrir y constituir un domicilio procesal o por el contrario no hacerlo. En esta última hipótesis se configura la situación de rebeldía en sentido estricto, esto es cuando la parte no comparece al proceso dentro del plazo de la citación o lo abandona después de haber comparecido [38], o también se ha dicho "que una parte es rebelde o contumaz cuando no comparece a estar a derecho, habiendo sido citado y emplazado personalmente, absteniéndose de participar en el proceso que se le sigue o, cuando con posterioridad a su intervención inicial lo abandona y deja de actuar en los desarrollos ulteriores" [39].

(34) Alsina, ob. cit., 1961, t. III, p. 174.

(35) Couture, ob. cit., p. 137.

(36) Ferrerya de de la Rua, Angelina - González de la Vega de Opl, Cristina, "La rebeldía y sus efectos", Foro de Córdoba, Nº 50, año IX, 1998, p. 83.

(37) Couture lo define como "*el llamamiento con plazo hecho por el juez, citando a alguna persona para que* [illegible] *a manifestar su defensa o cumplir con lo que se mandare*" (Couture, E., *Vocabulario jurídico*, Depalma, Bs. As., 1983).

(38) Palacio, ob. cit., t. IV, p. 191.

(39) Morello, Augusto M. - Sosa, Gualberto Lucas - Benzonce, Roberto Omar, *Códigos Procesales en lo C. y C. de la Provincia de Buenos Aires y de la Nación. Comentados y anotados*, Platense, La Plata, 1992, t. II-B, p. 6.

A partir de la realización de esta actividad, se desenca[illegible] citado la carga procesal de comparecer y de responder. S[illegible] escucha el llamado, tal actitud genera un perjuicio, esto es a[illegible] con el juicio en rebeldía. La ley adjetiva en diversas disposic[illegible] las consecuencias específicas del incumplimiento (art. 112 y c[illegible]

La noción de rebeldía ha sufrido una evolución en su contenido y la que se compadece con las tendencias del moderno derecho p[illegible]

Así, en la antigüedad se concebía al proceso como un debat[illegible] que se pretendía asegurar la presencia real y efectiva del dem[illegible] compeliéndolo por la fuerza. La rebeldía tenía el alcance de un [illegible] Posteriormente, con el avance de la teoría procesal, se estable[illegible] principio de contradicción quedaba satisfecho dando a [illegible] oportunidad para hacer valer su derecho y sus defensas. Se per[illegible] posibilidad de llevar adelante el trámite con la sola presencia de [illegible] partes en rebeldía. El apersonarse en juicio por una ficción de la l[illegible] manifiesta como una carga procesal, esto es un imperativo del propio i[illegible] El concepto de carga sólo tiene sentido y significación en la es[illegible] proceso judicial, e importa una situación de necesidad de [illegible] determinado acto para evitar que sobrevenga un perjuicio procesa[illegible]

Modernamente se distingue la actuación de los sujetos y su ubica[illegible] resuelve en categorías procesales, las que se manifiestan [illegible] y sujeciones (poder-deberes o simples facultades y cargas y en a[illegible] se extienden a otras personas en la noción de carga pública [40].

En la actualidad, la doctrina se replantea la institución de la r[illegible] y consecuentemente ajusta sus efectos. Así otorgan mayor valo[illegible] conducta omisiva de las partes en el desarrollo del pleito y ante [illegible] determinado [41]. Por otra parte, se reafirma la idea de regularla [illegible] sentido de simplificación.

Como se advierte, la noción etimológica de la palabra rebe[illegible] coincide con su sentido procesal moderno, sino que responde m[illegible] a sus precedentes históricos.

(40) Goldschmidt, James, *Derecho procesal civil*, Labor, Barcelona, Madrid, 19[illegible]

(41) En este sentido véase Clariá Olmedo, Jorge, *Derecho procesal*, Depalma, Bs. As., [illegible] t. I, ps. 135 y 165; Zinny, Jorge, "El proceso judicial como estructura técnico jurídica", en *[illegible] del proceso*, Atenea, Cba., p. 35.

(42) Véase, Eisner, Isidoro, "Sobre rebeldía y estrados del juzgado", en *Planteos procesales*, La Ley, Bs. As., 1984, p. 222.

En el enfoque genérico la rebeldía implica una total ausencia, voluntaria, de alegación en el contradictorio; por ello se ha precisado que constituye el reverso de la figura de la comparecencia [43].

Por otra parte, también se utiliza la expresión "rebeldía" *-lato sensu-* para señalar tanto la actitud del litigante que ha omitido cumplir un acto procesal, o no ha ejercido alguna facultad procesal para liberarse de una carga. El supuesto es reconocido además con la designación de "rebeldía parcial". Ello sucede cuando la ley atribuye determinadas consecuencias a una omisión puntual, en tanto que en otras no produce efecto alguno. El aspecto negativo genera diversos resultados; así implicará la sola pérdida de un derecho o la contumacia contribuirá a formar una presunción judicial *"desfavorable al omiso y que alivia cargas procesales a la contraria"* [44].

La comparecencia del citado implica una carga procesal; por ello el acto es facultativo y se procederá de acuerdo al requerimiento del interés comprometido. La parte debe hacerse presente en el juicio en virtud de la citación cursada asumiendo las consecuencias jurídicas previstas en la ley en caso de incumplimiento (contumacia).

La rebeldía configura un esquema legal dispuesto para viabilizar la prosecución del juicio ante la ausencia del demandado. Por ello es que se ha sostenido que *"la institución no tiene como finalidad castigar al contumaz o rebelde puesto que ello apartaría a la jurisdicción y al proceso civil de sus funciones específicas de hacer justicia y de ser el instrumento para lograrlo, sino subsanar los inconvenientes que tal actitud trae aparejada"* [45].

Por último, señalamos que la rebeldía por regla general es aplicable a todo tipo de procedimiento salvo aquellos que reconocen una modalidad especial de tramitación (v.gr. el juicio abreviado art. 507 y conc. C.P.C.).

Los efectos de la rebeldía aparejan singularidades en lo atinente al régimen de notificaciones, al esfuerzo probatorio y a las medidas cautelares.

Ello no obsta a que el rebelde comparezca en cualquier estado del pleito y lo asuma en dicha secuencia. El acto de comparecer hace cesar de inmediato, sin otro requisito, los efectos de la rebeldía.

Decretada la rebeldía, el proceso continúa pero se alivia la carga de notificación que pesa sobre el litigante apersonado. En efecto, firme la

(43) Palacio, ob. cit., p. 184

(44) Podetti, Ramiro, *Tratado de los actos procesales*, Ediar, Bs. As., ps. 297 y 303.

(45) Podetti, ob. cit., p. 301

providencia que declara a la contraria rebelde [illegible] exime de cursar notificaciones al domicilio salvo [illegible] de actos personalísimos y de la sentencia (art. 144 C.P.C.).

Cabe señalar que la rebeldía en sentido amplio en nuestro [illegible] procesal, no exime a la parte de acreditar los hechos fundantes de la pretensión esgrimida; en consecuencia, el juez dictará sentencia conforme lo alegado y probado (art. 327 C.P.C.). Es claro entonces que a pesar de la contumacia, el accionante deberá aportar los elementos de prueba corroborantes de su demanda, pesa sobre éste la carga de la prueba.

Las tendencias en los proyectos legislativos actuales es la de redimensionar la figura del juez; correlativamente, se tiende a reformular también los deberes procesales de las partes. En este sentido con fundamento en los principios de personalidad y colaboración se vigorizan la fuerza de las presunciones contrarias generadas en el incumplimiento de las cargas procesales de las partes [46].

Cabe señalar que la institución de la rebeldía es propia de la situación del demandado, sin embargo ella también puede generarse en relación al actor. Es así que el actor puede incurrir en esta actitud lo cual le irroga una situación desventajosa, siendo una de ellas, la que permite al demandado, a manera de excepción, solicitar el despacho de cautelares sobre bienes del actor para asegurarse el cobro de las costas (art. 114 C.P.C.). La rebeldía del actor se presenta cuando habiendo iniciado el proceso por mandato otorgado a un abogado, éste renuncia al poder y ante la convocatoria que debe efectuar el tribunal para que comparezca y constituya nuevo domicilio legal, adopta una actitud negativa.

2) Que el demandado no obstante haber comparecido, no conteste la demanda.

Cuando el accionado incumple la carga procesal de contestar, a instancias del actor se le dará por decaído el derecho dejado de usar al no evacuar el traslado. La pérdida del derecho genera una presunción

(46) Código General del Proceso, de la R.O.U., ley 15.982, art. 340, Código Procesal Civil Comercial, Laboral, Rural y Minero de la Pcia. de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, art. 369.4, Anteproyecto de Código Procesal Modelo para Iberoamérica art. 301; Proyecto de Código Procesal Civil, Comercial y Laboral de la Nación de los Dres. Carlos J. Colombo, Cueto Rúa, Etcheverry, Umaschi, art. 358, Anteproyecto de Reformas al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación de Morello, Arazi, Kamminker y Eisner art. 363

judicial en contra del demandado, la que será valorada por el juez en la sentencia juntamente con los otros elementos probatorios. Esta presunción judicial significa que el juzgador podrá estimar el silencio del demandado como reconocimiento de la verdad de los hechos afirmados en demanda (arts. 192 C.P.C. y 356, inc. 1, C.P.C.N.). Ello no implica que el juez esté obligado a tener por ciertos los hechos consignados en la demanda y como auténticos los documentos, sino que la presunción constituirá un elemento de juicio más, que deberá ser respaldado por otras pruebas.

2.1.1.2. *Contesta la demanda*

Esta hipótesis significa lo que se denomina como contestación lisa y llana de la demanda, ella sucede cuando el demandado niega los hechos esgrimidos por el actor y el derecho en que se funda la pretensión (art. 192 C.P.C.). A su vez, el demandado debe dar su versión de los hechos, lo que explicitará con plenitud y consecuentemente con claridad. La claridad se impone modernamente como otro principio procesal que encuentra sustento en el carácter bilateral o bifuncional del proceso como derivación del derecho de defensa en juicio (art. 18 C.N.). Resulta fundamental que el receptor de la contestación de la demanda, comprenda claramente el mensaje que se le transmite (órgano jurisdiccional) y con ella integra la plataforma fáctica que limita la resolución final.

En la contestación, el demandado realizará una exposición circunstanciada de las cuestiones fácticas que apunta a demostrar la sinrazón de la pretensión contra él esgrimida. Además, importa un deber de colaboración de la parte a fin de que con su versión se logre el esclarecimiento de la verdad.

Advertimos que el supuesto ha sido desarrollado en el punto 2.1.

2.1.1.3. *Cuestión de puro derecho*

En esta situación hay coincidencia entre las partes sobre la forma en que se produjeron los hechos, pero no en cuanto a la imputación jurídica que cabe darles; en este caso, se configura "una cuestión de puro derecho". Ello sucede cuando la discusión versa sobre la interpretación o inteligencia de una cláusula contractual. En esta hipótesis, como existe coincidencia en los hechos o plataforma fáctica, el proceso se acorta al omitirse la apertura a prueba (art. 497 C.P.C.) y se pasa directamente a la etapa discusoria.

2.1.2.4. *Reconocimiento de los hechos y del derecho*

Esta actitud importa un allanamiento. Por vigencia del sistema dispositivo las pretensiones de las partes son renunciables en tanto sean disponibles. El instituto del allanamiento importa que el actor decide someterse a la pretensión que ha sido deducida en demanda. Desde el punto de vista de su naturaleza jurídica se trata de un acto volitivo y específicamente jurídico procesal. Algunos autores le denominan negocio jurídico procesal unilateral de autocomposición.

En síntesis, allanamiento significa reconocimiento por parte del demandado de los hechos afirmados por el actor y del derecho en que éstos se fundan. El allanamiento como institución procesal debe ser puro y simple, es decir no sometido a condición alguna. En cuanto a la forma de realización, puede ser expreso o tácito. Reviste la primera modalidad, cuando el demandado emite una declaración de voluntad en tal sentido durante el decurso del pleito. Es tácito, cuando la voluntad es inferida de actitudes asumidas por el demandado que importan el cumplimiento de la prestación requerida por el actor.

Por otra parte, el allanamiento puede ser total o parcial desde el punto de vista de la pretensión y en relación a los sujetos de ésta. Así, por ejemplo, el demandado podrá allanarse a la pretensión de cumplimiento de contrato deducida en su contra, mas no a la de daños y perjuicios ejercida subsidiariamente. También podría suceder que demandados varios sujetos, uno de ellos se allane y los otros se opusieran a la demanda alegando la prescripción de la acción.

Producido el allanamiento, trae como consecuencia la eliminación de la controversia y por ende se torna innecesaria la etapa probatoria, salvo que el allanamiento fuera parcial subjetivo.

Cabe señalar, sin embargo, que en ciertas situaciones el allanamiento no resulta vinculante para el juez; tal sucede cuando se trata de derechos que resultan indisponibles. En este caso, carece de la eficacia propia del allanamiento, sin perjuicio de que la actitud adoptada pueda ser tenida en cuenta por el juez, como indicio en combinación con otros elementos probatorios, al momento de dictar sentencia. Ello sucede, por ejemplo, si es demandada por filiación una persona fallecida, los herederos se allanan a la pretensión, en cuyo caso deberá ineludiblemente practicarse la prueba biológica respectiva con el fin de corroborar el vínculo sanguíneo.

Cabe señalar que el allanamiento tiene incidencia en el modo de imponer las costas. Se entiende por costas a los gastos que [illegible] las partes para el desarrollo de la litis. Integran el concepto [illegible]

gastos o desembolsos para abonar la tasa de justicia, los aranceles para el diligenciamiento de oficios, las sumas sufragadas para la publicación de edictos, etcétera. También comprende los honorarios de los abogados que han intervenido brindando asistencia jurídica, los honorarios de los peritos, de los martilleros, etcétera. En oportunidad de dictar sentencia, el juez impone el cargo de las costas al actor o demandado o las reparte entre ambos, si existieren vencimientos recíprocos. Rige en nuestro sistema procesal la tesis del vencimiento objetivo como factor de atribución de las costas procesales. De tal modo, quien resulte perdedor cargará con las costas del juicio.

Cabe señalar sin embargo, que si el accionado al contestar la demanda se hubiera allanado en forma real, incondicionada, oportuna, total y efectiva, las costas se impondrán por su orden, a menos que mediare mora o el demandado fuere culpable de la reclamación (art. 131 C.P.C.). Pero también podrá eximirse de las costas al demandado, si no hubiera dado motivo a la promoción del juicio o del incidente, en cuyo caso ellas serán impuestas al actor. Esto es una consecuencia lógica de la naturaleza «reparadora» o "resarcitoria" de las costas, que determina que quien las haya provocado, deba pagarlas.

2.1.1.5. *Oposición de excepciones en sentido estricto*

En este supuesto la parte accionada opone excepciones, lo cual importa el ejercicio concreto de su derecho a contradecir. Se entiende por excepción a la defensa que el demandado opone a la pretensión del actor en la forma y oportunidades señaladas por la ley, esgrimiendo hechos modificativos, impeditivos o extintivos.

Importa un hecho modificativo, cuando el demandado alega una circunstancia que transforma o muta la situación jurídica inicial invocada. Así por ejemplo, podría oponer la excepción de quita, espera, novación, de pago parcial (art. 724 C.C.), etcétera.

Por su parte los hechos impeditivos, son los que funcionan como obstáculos invocados por el demandado al hecho constitutivo inicial, por ejemplo piénsese, en el caso de que se exija el cumplimiento de un contrato y que quien lo solicita no ha satisfecho las obligaciones a su cargo (art. 1201 C.C.). En tal supuesto se configura la *exeptio non adimpleti contractus.*

Por último, los hechos extintivos son aquellos en los que se invoca un hecho que aniquile la pretensión y que generalmente se fundamenta en instituciones sustanciales, tales como la prescripción liberatoria, el pago, etcétera.

Cabe señalar que la invocación de estos impedimentos, es decir el planteamiento de hechos modificativos, impeditivos y extintivos, tiene relevancia para el desarrollo posterior del pleito y sobre todo para la aplicación de las reglas tradicionales de la carga de la prueba. Ello señala Couture, supone un hecho constitutivo inicial -pretensión del actor- y este autor señala además de los mencionados, otros hechos que califica como hechos invalidativos (v.gr. ausencia de facultades del mandatario) y hechos convalidativos (v.gr. la ratificación posterior por la parte) [47].

En doctrina se clasifica a las excepciones teniendo en cuenta dos puntos de vista: el efecto que producen y su contenido.

En el primer enfoque, se visualizan dos tipos bien definidos: las excepciones perentorias y dilatorias.

Las perentorias "son aquellas que en el supuesto de prosperar excluyen definitivamente el derecho del actor, de manera tal que la pretensión pierde toda posibilidad de volver a proponerse eficazmente" [48]. Participan de esta característica, las excepciones de prescripción, de pago, cosa juzgada, etcétera.

Las dilatorias, en cambio, son aquellas excepciones que en caso de prosperar desplazan temporariamente el pronunciamiento del juez sobre la pretensión del actor pero no impiden que ésta vuelva a proponerse una vez subsanados los defectos de que adolecía. En general estas excepciones permiten denunciar la inexistencia de algún presupuesto procesal, relativo a la capacidad de las partes, a la competencia del juez y al cumplimiento de los requisitos de la demanda. Por ejemplo, puede plantearse la excepción dilatoria de falta de personería en el demandante cuando éste actúa con un poder insuficiente o defectuoso; puede cuestionarse la aptitud del juez para resolver, a través de la deducción de la excepción de incompetencia de jurisdicción; y, por último, se planteará la de defecto legal, cuando la demanda adolezca de falencias formales, de manera tal que impida la defensa del demandado (art. 184 C.P.C.).

Existe uniformidad respecto de cuáles son las excepciones dilatorias, la que se proyecta también en la legislación. En efecto este tipo de defensas se encuentran reguladas en los cuerpos adjetivos, nominándolas específicamente y con carácter de taxatividad.

(47) Couture, ob. cit., p. 245

(48) Palacio, ob. cit., t. VI p. 91

Por otra parte, también se las suele clasificar teniendo en cuenta el derecho en que se fundan. Se habla así de excepciones sustanciales y procesales, según se basen en disposiciones del derecho de fondo o de forma, respectivamente. Así son sustanciales, por ejemplo, el pago, prescripción, quita, espera, compensación; revisten el carácter de procesales, tales como: el defecto legal, falta de personería, incompetencia de jurisdicción, etcétera.

2.1.1.6. *Reconvención*

El demandado, además de contestar la demanda, puede deducir una demanda reconvencional. En este caso introduce una nueva pretensión dirigida contra el actor que podría haber motivado un juicio independiente. Por lo tanto la reconvención importa una contrademanda.

El instituto de la reconvención encuentra fundamento en razones que atienden al principio de economía procesal. Su vigencia permite ampliar los términos de la litis, introduciendo *ex novo* una pretensión esgrimida contra el actor, y que debe guardar cierta correspondencia con la plasmada en demanda. Piénsese, por ejemplo, cuando se plantea una demanda tendiente al resarcimiento de daños y perjuicios provenientes de un accidente de tránsito, y el demandado, considera que el factor de atribución, está dado en el accionar del actor, esto es de la víctima; así podrá deducir por vía reconvencional, la pretensión de resarcimiento de los daños a él producidos.

Para la procedencia de la reconvención es menester que concurran ciertos requisitos, que refieren a que la pretensión deducida por vía reconvencional sea de la competencia del tribunal, y pueda sustanciarse por los mismos trámites. Cabe señalar que esta pretensión reconvencional sólo puede ser deducida en esta oportunidad del trámite, de no hacerlo siempre queda a salvo la posibilidad de plantear su pretensión en juicio independiente.

2.2. *La oposición a la pretensión en el proceso penal*

La ley penal describe en abstracto conductas que se consideran delitos y conmina con una sanción a quienes incurran en la hipótesis prevista. La aplicación de esta normativa requiere de un mecanismo que permita su realización con respeto a las garantías constitucionales. En esta tarea se procura conocer la verdad de los hechos para que en su caso, esto es comprobada su existencia, dé paso a la sanción que se prevé normativamente a quien resulte responsable.

En el proceso penal se le acuerda a los particulares la posibilidad cierta de demostrar la falta total o parcial de fundamento de la pretensión punitiva ejercitada en su contra. Recuérdese que ellos gozan del principio de inocencia y además esta regla se impone por la vigencia del art. 18 C.N., que consagra el derecho de defensa en juicio, y por el art. 11.1. de la Declaración Universal de los Derechos Humanos [49]. De tal modo, se ha señalado "*que específicamente la defensa del imputado consiste en la posibilidad que se le debe acordar de contradecir la imputación, proporcionando -si lo desea-, su versión sobre el hecho delictivo que se le atribuye la que tiene que ser objeto de consideración y de aceptación o rechazo expreso por parte de los jueces*" [50].

La defensa del imputado constituye una actividad esencial del proceso ya que este sujeto integra el triángulo formal de la relación jurídica procesal. Su participación resulta ineludible en el juicio plenario y constituye una actividad procesal indispensable, consagrada por fuerza de un interés público, que no puede vulnerar ni el propio titular de tal derecho [51].

El imputado en el proceso penal es un sujeto munido de poderes y de deberes que a través de su desenvolvimiento nos brindan el contenido del proceso.

La excepción en materia penal presenta particularidades cuando se pretende su ubicación dentro de las categorías procesales señaladas por Golschmidt. En efecto, a primera vista pareciera que puede corresponderse con la posición del demandado civil en cuyo caso, podría atribuirse el carácter de carga procesal. Sin embargo, a poco de andar y en un análisis más profundo se advierte que por las características de orden público que el proceso penal involucra, determina que en la mayoría de los casos el imputado penal tiene el deber legal de comparecer o en otros hasta puede ser detenido a tal efecto, o inclusive su ausencia puede determinar la paralización del proceso. Estas circunstancias determinan que no pueda

(49) El art. 11.1 prevé: "Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa".

(50) Cafferata Nores, José I., *Derecho procesal penal. Consensos y nuevas ideas*, Centro de Estudiantes de Derecho, U.N.C., 2001, p. 45.

(51) Vélez Mariconde, Alfredo, *Derecho procesal*. Marcos Lerner, Cba., 1982, t. I, p. 336.

asignarse la categoría de carga procesal, standard indiscutible en el proceso civil, sino que según las contingencias del caso concreto podrá manifestarse como un poder y a la vez como un deber.

En este enfoque, el primer deber esencial del imputado es el de comparecer ante el llamado del juez. En efecto, tiene que apersonarse al proceso todas las veces que su presencia le sea requerida, so pena de ser compelido por la fuerza pública. El incumplimiento de ese deber no da lugar a sanciones procesales ni disciplinarias; no puede dar origen a caducidad alguna, puesto que la defensa es inviolable y no hay juicio en rebeldía del imputado, sin perjuicio de los efectos que pueda producir.

El segundo deber se manifiesta en la sujeción a medidas coercitivas. La ley permite el despacho de medidas restrictivas de la libertad personal del imputado fijadas con carácter objetivo. De tal modo éste tiene el deber de someterse a ellas no obstante su simple condición de sospechoso.

Por otra parte, también el imputado es titular de poderes que inciden sobre el contenido formal del proceso y que responden a intereses tutelados jurídicamente.

En este sentido le compete el derecho de defensa, concepto que abarca tanto la defensa material como la formal. El ejercicio de este poder se traduce en una serie de poderes jurídicos menores que tienen vinculación directa con la Constitución Nacional y la Provincial como inviolabilidad de la defensa. Constituyen expresión de estos poderes el de presentarse a declarar, el de abstenerse de declarar, el de elegir defensores y hablar con ellos, el de proponer pruebas, el de interponer excepciones durante la investigación preparatoria, dirigir preguntas a los testigos durante el debate, por intermedio de su abogado, el de hablar por última vez, antes del cierre del debate y el de recurrir.

Otro poder se manifiesta en el derecho a la libertad personal que se ejerce conforme las disposiciones adjetivas fijadas al efecto, como garantía del imputado. Ella encuentra fundamento en el principio de inocencia, cuya vigencia impide que inicialmente el sujeto sindicado como autor de un delito pierda su libertad personal.

Por último, señalamos los poderes relativos a la Constitución y desarrollo de la relación procesal; entre los que se manifiestan, los de promover cuestiones de jurisdicción, la oposición que puede formular durante la investigación preparatoria, la de recusar, etcétera.

La realización del poder de acción y de excepción se encuentran regidos por los principios de legalidad, con ínfimas dosis de oportunidad a lo que ya nos hemos referido.

Sin embargo, es posible señalar que la excepción penal sigue la tendencia unificadora de la regulación civilista, marcándose cada vez más nítidamente la diferencia entre defensas y excepciones [52]. En este sentido encontramos la regulación específica de las denominadas excepciones que reconocen articulación como de previo y especial pronunciamiento (art. 17 C.PP) a la que nos referiremos.

La compleja actividad defensiva del imputado no es en todo caso sólo de resistencia o de oposición a la actividad del órgano requirente, que en la mayoría de los sistemas penales cumple el Ministerio Fiscal. Puede suceder que a veces, no exista conflicto (controversia) o exigencias dispares entre acusador y acusado, ya sea porque el primero concluya a favor del segundo (por ej. en el debate, cuando el fiscal de cámara pide la absolución del acusado), ya sea porque la defensa participe de las conclusiones a que arriba el acusador [53].

El contenido del poder de excepción en este sector jurídico se manifiesta con similar alcance al atribuido en el proceso civil, esto es en sentido amplio o restringido; en este último caso con la oposición de específicas excepciones.

En la primera modalidad, podrá expresarse desde la simple negativa que formule el imputado de haber cometido el hecho antijurídico o la participación que se le adjudica en éste, o también podrá invocar circunstancias que atenúen o excluyan su responsabilidad penal.

Cabe señalar, sin embargo, que importa además ejercicio de defensa la situación de mera pasividad en que puede incurrir el imputado. Al respecto opinan los autores que *"es también parte del derecho de defensa, el de no defenderse, es decir, el no desarrollar ninguna de aquellas actividades -conducta pasiva- sin que esa posibilidad u omisión pueda ser considerada una presunción de culpabilidad en su contra. Si así no se estableciere, la posibilidad de no actuar en vez de ser un modo de defenderse sería una forma de inculparse"* [54].

Cabe extraer esta conclusión, a partir de la vigencia del principio de inocencia, que opera como una de las mayores garantías para el imputado y que garantiza su libertad de declarar durante el proceso, que configuran

---

(52) Clariá Olmedo, *Derecho procesal*, ob. cit., t. I, p. 332
(53) Vélez Mariconde, ob. cit., t. II, p. 377
(54) Cafferata Nores, ob. cit., p. 45

una derivación del genérico derecho de defensa en juicio (arts. 39 y 40 Const. Pcial.). El Código Procesal Penal, acoge explícitamente en su art. 259, la libertad de declarar al reconocerle al imputado la posibilidad que se abstenga de hacerlo [55].

El ejercicio del derecho de defensa (poder de excepción) se verifica en diferentes oportunidades y ante distintos órganos judiciales. Pero es requisito condicionante para su desenvolvimiento el que haya existido intimación al imputado. Esta instancia se configura como *"un acto de información estatal -generalmente cumplido por el fiscal- y es el presupuesto para que una persona ejercite su derecho de defensa frente al acto requirente, que en materia procesal penal se conoce como imputación"* [56].

Así, en primer lugar, el imputado podrá declarar en oportunidad de requerírsele indagatoria; esta actividad es cumplida por el fiscal de instrucción o juez de instrucción, en su caso, en la etapa preparatoria previa a la acusación. En este sentido se ha dicho que *"debe acordarse al imputado el derecho de criticar ante un tribunal jurisdiccional, el fundamento fáctico y jurídico y la corrección formal de la acusación"* [57].

Cuando el imputado declara en la indagatoria o responde la acusación contesta sobre la pretensión punitiva contra él ejercida, dicho de otro modo, ejerce la defensa material.

En segundo término, también el imputado ejercerá este tipo de poder de excepción durante el juicio plenario, ante la Cámara del Crimen al contestar la acusación.

En tales secuencias pueden ser planteadas todas las cuestiones que impliquen el contenido de la defensa (poder de excepción en sentido amplio y estricto).

Cabe señalar, sin embargo, que el C.P.P. también consagra el ejercicio de excepciones en sentido estricto, al permitir articular cuestiones previas

(55) El art. 259 C.P.P. dispone: *"Libertad de declarar.* El imputado podrá abstenerse de declarar. En ningún caso se le requerirá juramento o promesa de decir verdad, ni se ejercerá contra él coacción o amenaza ni se usará medio alguno para obligarlo, inducirlo o determinarlo a declarar contra su voluntad, ni se le hagan cargos o reconvenciones tendientes a obtener su confesión. La inobservancia de este precepto hará nulo el acto, sin perjuicio de la responsabilidad disciplinaria o penal que corresponda".

(56) Vivas Ussher, Gustavo, *Manual de derecho procesal penal*, Alveroni, Cba., 1999, t. 1, ps. 12 y 125.

(57) Cafferata Nores, ob. cit., p. 93.

[illegible] En relación [illegible] la regulación [illegible] a la utilizada en el proceso civil. Esto es así ya que las excepciones [illegible] presentan características de contener diferentes fundamentos [illegible] dados por la distinta naturaleza del derecho que se pretende [illegible]. Esta circunstancia se advierte de la simple comparación del C.P.P. [illegible] C.P.C. (arts. 17 y 184 respectivamente) señalándose que algunas [illegible] previstas en este último, no lo están en el primero. También puede señalarse el tratamiento diferenciado vertido a defensas perentorias [illegible] admite articulación como de previo en el C.P.P.. Ello sucede además por las facultades de saneamiento plenas que se otorgan al funcionario actuante en la investigación penal preparatoria.

Las excepciones que pueden oponerse en forma de previo son por regla general, la incompetencia de jurisdicción, falta de acción y extinción de la pretensión penal [58].

La primera constituye un argumento susceptible de fundar la oposición al haberse violado las normas procesales que delimitan el ámbito territorial de la actuación del fiscal de instrucción. Por ejemplo, constituye una excepción dilatoria en el proceso penal la falta de competencia del que hubiere realizado la investigación preparatoria, en las leyes que contemplan la investigación jurisdiccional. Piénsese cuando el posible autor de un delito goza de un privilegio constitucional como es el caso, de los jueces de los distintos tribunales.

La falta de acción alude a la inexistencia de la pretensión punitiva en el sujeto que ejercita la acción penal lo cual determina la absolución del imputado. La regla es que la acción penal sea ejercida por el Ministerio Fiscal. Sin embargo, en ciertos casos los órganos públicos no pueden promover la acción, ya que si bien el poder corresponde al Estado su ejercicio se atribuye exclusivamente al particular ofendido o a su representante (art. 73 C.P.). Si el ejercicio se verifica por quien no se

(58) El art. 17 C.P.P. establece: "El Ministerio Público y las partes podrán interponer las siguientes excepciones que deberán resolverse como de previo y especial pronunciamiento: 1) falta de jurisdicción o de competencia. 2) Falta de acción, porque ésta no se pudo promover, no fue iniciada legalmente o no pudiere proseguir. 3) Extinción de la pretensión penal. Si concurrieran dos o mas excepciones, deberán interponerse conjuntamente".

encuentra autorizado para ello, se presenta un caso de falta de acción. Las causas extintivas de la acción penal se encuentran contenidas en la ley penal de fondo. Pueden consistir en hechos naturales como la muerte, o en el transcurso del tiempo (prescripción) o en actos de realización oficial directa (amnistía o indulto) o en determinadas conductas (casamiento con la víctima, pago de la multa, etcétera) [59]. Ello así, si se verifica alguna de las situaciones apuntadas, da lugar a la excepción de extinción de la pretensión penal que prevé la norma señalada (art. 17 C.P.P.).

El efecto que produce el acogimiento de una excepción dilatoria es el archivo del proceso y la libertad del imputado, sin perjuicio de que se declaren las nulidades que correspondan. El proceso continuará tan luego se salve el obstáculo formal al ejercicio de la acción (art. 23 C.P.P.).

En cambio si la excepción que se plantea es perentoria, dado el efecto extintivo de estas defensas, determinará el dictado de sobreseimiento del imputado y se ordenará ponerlo en libertad si estuviera detenido (art. 22 C.P.P.).

Las excepciones se deben deducir por escrito, con observancia del principio de eventualidad, debiendo además ofrecerse la prueba correspondiente. Si resultare necesario diligenciar alguna medida probatoria se fijará un plazo para ello y se citará a las partes a una audiencia para que en forma oral y sucinta hagan su defensa (art. 18 C.P.P.). En este trámite participa el Misterio Fiscal, el querellante particular y demás partes interesadas.

Por otra parte, cabe señalar que en el proceso penal el ejercicio del poder de excepción puede verificarse también al momento de realizarse la oposición a la acusación la que puede fundarse en circunstancias que las leyes prevén como fundamento de las excepciones. En este sentido podrá invocarse la falta de acción o que ésta no pudo iniciarse o que no pudo proseguir. Por ejemplo, si se trata de un delito privado de instancia privada y no ha existido postulación por parte de la víctima; cuando el imputado goza de un privilegio constitucional y no ha sido removido; cuando media una cuestión de prejudicialidad que no ha sido observada, etcétera.

La prejudicialidad civil se presenta cuando es menester resolver la cuestión civil dado que el pronunciamiento dictado en esa sede tiene una implicancia directa para la solución del caso en el fuero penal [60].

---

(59) Clariá Olmedo *Derecho procesal*, ob. cit., p. 188.
(60) E. art. 1102 C.C.

3. Oposición a la pretensión en el proceso laboral y de familia

Las excepciones en el proceso de familia responden a la misma sistemática del proceso civil y son tratadas como incidentes y resueltas por el juez de familia, con apelación por ante la cámara.

La ley del fuero establece la oportunidad para su planteamiento y rige al respecto el principio de eventualidad y la regla de la preclusión para las que no sean allí introducidas. Además, sin perjuicio de la regulación establecida, en caso de duda debe tenerse presente que opera como ley supletoria el C.P.C..

En el proceso laboral, las excepciones encuentran un trato especial en el art. 38 de la ley 7987. El mandato especifica qué defensas pueden deducirse como de artículo previo aunque presentan ribetes particulares.

En este sentido se advierte que en la citada norma no se contempla como medio específico, el trámite de la falta de personería y del defecto legal. Ello sucede en virtud del principio de saneamiento que impone al tribunal ejercer el deber de verificar la existencia de vicios y de erradicarlos. De este modo, el juez debe relevar y ordenar la subsanación de cualquier deficiencia de la que adolezca la demanda o el trámite en general. Así, debe verificar la legitimación procesal de las partes (arts. 46 y 49 de la ley del fuero); si la demanda adoleciera de algún defecto, el juez tiene el deber de indicar cuál es la deficiencia y ordenar en el plazo que determine su subsanación, bajo apercibimiento de tenerle por desistido. De igual modo, cuando se regula la representación en el fuero del trabajo, la que reviste el carácter de excepcional, ya que se procura la comparecencia personal de los sujetos involucrados en el conflicto a los fines de lograr la conciliación en el trámite

CUADRO COMPARATIVO DE PROCEDIMIENTOS DECLARATIVOS Y DE LAS ACTITUDES QUE PUEDE ASUMIR EL DEMANDADO

REGLA GENERAL	ORDINARIO	ABREVIADO
	417 - 415 - 420 - 423	418
Medidas preparatorias Prueba anticipada	485 486	
I Etapa introductiva I Demanda	175 - 37 - 39 - 86 Citación. 162 - 163 - 164 - 165 - 144 inc 1º - 175 Comparece: 79 - 80 - 88 No comparece/rebelde: 110 - 111	507 Citación: 508 - 144 inc. 1º - 164 - 165 - 175 Comparece 508 No comparece/rebelde: 110 - 111
2 a Contesta demanda	Término: 10 días 493 Simple contestación: 192	Término 6 días 508 Simple contestación 192
2 b Otras alternativas de la demanda	a) Excepción de previo y especial pronunciamiento 184 185 - 494 b) Reconvención 194 - 195 - 496 c) Cuestión pura de derecho: 497 d) Allanamiento: 352 e) Desistimiento 349 f) Transacción: 353	a) Excepción 510 190 b) Reconvención: 510 194 - 195 c) Cuestión pura de derecho 497 d) Allanamiento 352 e) Desistimiento 349 f) Transacción 353
II Etapa probatoria	Ord : 40 días - 498 - Extraord 60 ó 100 días - 499 Testimonial: 10 días - 212 Confesional y documental 218 - 182 - 192 - 241	Ofrecimiento 507 Diligenciamiento: 15 días - 511 Testimonial: 5 días - 212 - 512 Confesional y documental 218 - 182 182 - 192 - 241
III Etapa discusoria	505 - Traslado de ley por su orden por 6 días	NO EXISTE
IV Etapa decisoria Norma de remisión	121 inc. 3º - 506 - 327 - 329	121 inc 2º - 514 - 327 - 329 415

CAPITULO XIV

Actos procesales

por Patricia V. Asrin

Sumario: 1. Concepto y naturaleza de los actos procesales. 2 Elementos de los actos procesales 2 1. El sujeto que ejecuta el acto procesal. 2.2. El objeto sobre el cual el acto procesal recae. 2 3 La actividad que involucra el acto procesal 2 3.1 La forma de los actos procesales. 2 3 1.1 Idioma nacional 2.3 1 2 Publicidad o reserva de las actuaciones 2 3 1 3 Forma de lo escritos judiciales. 2 3 1 4 Constitución de domicilio 2 3.1 5 Función documental. 2 3.2 El lugar donde se desarrollan los actos procesales 2.3.3. El tiempo en el proceso. 3. Saneamiento 4. Clasificación de los actos procesales 4 1 Por el sujeto que lo realiza 4.1.1. Actos del tribunal judicial. 4 1 2 Actos de las partes 4.1 3 Actos de terceros 4.2 Por el objeto

1. Concepto y naturaleza de los actos procesales

Oportunamente se han analizado los sujetos procesales como elementos subjetivos fundamentales del proceso. Se ha estudiado a los sujetos que se hallan involucrados en él, tales como el órgano jurisdiccional, las partes y sus auxiliares.

Corresponde ahora el estudio de los elementos objetivos del proceso judicial, examinando los actos singulares que cada uno de los sujetos desarrolla, a raíz de los poderes, facultades, deberes y derechos que les conciernen, los que en su consideración genérica se expresan como "teoría de los actos procesales".

Al conceptuar el proceso judicial se determinó su elemento objetivo, especificándolo como una serie gradual, progresiva y concatenada de

actos que cumplen las personas intervinientes para obtener los fines del proceso [1].

Los actos procesales son los actos jurídicos del proceso. Este se compone de una serie de actos tendientes a un fin, que no es otro que el de lograr la culminación del proceso a los efectos de asegurar la justicia en el caso concreto y la paz social.

Estos actos que se cumplen en el trámite judicial están de tal modo concatenados entre sí que cada uno de ellos es una consecuencia del anterior y antecedente del posterior. Son cumplidos por los sujetos procesales y demás intervinientes en virtud del ejercicio de poderes y cumplimiento de deberes legalmente regulados [2].

Se ha afirmado que los actos procesales son los actos jurídicos del proceso. Por ello, para desentrañar su naturaleza se debe partir de la Teoría general de los actos jurídicos, sus conceptos fundamentales y adaptarlos al derecho procesal.

El Código Civil expresa, respecto de los actos jurídicos, que son aquellos "actos voluntarios lícitos, que tengan por fin inmediato establecer entre las personas relaciones jurídicas, crear, modificar, transferir, conservar y aniquilar derechos" (art. 944 C.C.).

El acto procesal es una categoría especial de acto jurídico al que se podría caracterizar como el acto jurídico emanado de las partes, de los órganos jurisdiccionales y de los terceros intervinientes en el proceso judicial destinado a crear, modificar o extinguir efectos procesales.

Al ser una especie de acto jurídico, para su validez debe ser realizado con discernimiento, intención y libertad. Quien realice un acto procesal, (sea un órgano jurisdiccional, sea una de las partes o un tercero), debe tener "capacidad" para efectuar dicha actividad, siendo su ausencia, causal de nulidad del acto. Los actos procesales deben ser realizados con intención. Serán reputados sin intención, cuando fueran hechos por ignorancia, error o dolo. Por último para la eficacia del acto procesal se requiere que el agente que lo ejecute no esté privado de su libertad por un acto de fuerza o intimidación.

(1) Clariá Olmedo, Jorge A., *Derecho procesal*. Estructura del proceso (t. II), Depalma, Bs. As., 1983, p. 75.

(2) Clariá Olmedo, ob. cit., p. 76.

Palacio [illegible] los actos procesales como "*los hechos [illegible] que tienen por efecto directo e inmediato la constitución, el desenvolvimiento [illegible] del proceso, sea que procedan de las partes (o peticionarios) o de [illegible] órgano jurisdiccional (o arbitral) o de sus auxiliares, o de terceros [illegible] con motivo de una designación, citación o requerimiento destinados al cumplimiento de una función determinada*" [3].

Por su parte, Clariá Olmedo [4] lo caracteriza como "*toda declaración de voluntad o de ciencia emanada de cualquiera de los sujetos procesales o de otros intervinientes y directamente dirigida a producir el inicio, el desenvolvimiento, paralización o la terminación del proceso conforme los preceptos de la ley ritual*".

Expresa el autor que el elemento volitivo y el elemento intelectivo abarcan prácticamente la totalidad de las expresiones psíquicas que pueden ser contenidos de un acto del hombre. Se puede deducir del concepto elaborado por el autor que los actos procesales constituyen manifestaciones, o mejor dicho "declaraciones" voluntarias de quienes los cumplen, ya sea de los sujetos procesales o de terceros intervinientes.

No constituyen actos procesales aquellas actividades cumplidas fuera del ámbito del proceso, aunque eventualmente puedan producir efecto en él. Pero no median razones atendibles para excluir del concepto de acto procesal a todas aquellas actividades que despliegan en el proceso quienes no revisten en él el carácter de sujetos directos o auxiliares permanentes de éstos, como son los testigos, peritos, intérpretes, martilleros, depositarios, etcétera [5].

2. Elementos de los actos procesales

Siguiendo la concepción de Palacio [6], tres son los elementos del acto procesal: los sujetos, el objeto y la actividad que involucra. Este último elemento se descompone, a su vez, en tres dimensiones: la forma, el lugar y el tiempo.

(3) Palacio, Lino Enrique, *Manual de derecho procesal civil*, 15ª ed. actualizada, Abeledo-Perrot, Bs. As., 2000, p. 293.

(4) Clariá Olmedo, ob. cit., p. 85.

(5) Palacio, ob. cit., p. 294.

(6) Palacio, ob. cit., p. 295.

2.1. El sujeto que ejecuta el acto procesal

Conforme ya se ha manifestado, los actos procesales pueden provenir del órgano jurisdiccional (tribunal y sus auxiliares), de las partes (o peticionarios), sus letrados, procuradores o auxiliares, de los funcionarios del ministerio público y de los terceros directamente vinculados al proceso.

Para que el acto procesal produzca su efectos normales es necesario que el sujeto que lo realiza tenga aptitud para ello. el órgano jurisdiccional debe ser competente. y las partes y peticionarios (o sus representantes) procesalmente capaces.

2.2. El objeto sobre el cual el acto procesal recae

El acto procesal puede versar sobre una cosa (v.gr., una medida cautelar sobre un bien mueble o inmueble), sobre una persona (por ejemplo, un testigo) o sobre un hecho (v.gr., el contenido de un testimonio). Dicho objeto debe ser idóneo, o sea apto para lograr la finalidad pretendida por quien realiza el acto y jurídicamente posible, es decir, no prohibida por la ley.

2.3. La actividad que involucra el acto procesal

Se refiere a las tres dimensiones en que dicha actividad debe ser analizada: la forma, el lugar y el tiempo.

2.3.1. La forma de los actos procesales

La forma constituye el elemento externo de la estructura del acto procesal. *"Es la disposición mediante la cual el acto procesal se exterioriza, saliendo del dominio puramente intelectual de quien lo cumple para penetrar en el ámbito de la realidad objetiva"* (Palacio) [7].

No por el formalismo en sí, sino como manera de expresión de voluntad, del contenido del acto, las formas adquieren en esta rama del

(7) Ob. cit., p. 308

derecho una importancia fundamental. Es que sólo mediante el respeto [a] las formas establecidas legalmente, es como puede obtenerse la verdad[era] garantía del debido proceso [8].

En razón de la propia estructura del proceso, en general la[s] formas deben ser observadas y su apartamiento provoca la nulidad o invalidez del acto.

Sin embargo, la doctrina distingue entre:

a) *Formas esenciales*: aquellas cuya observancia no puede prescindirse [para] cumplir la actividad prevista.

b) *Formas secundarias*: las que no obstante interesar su acatamiento, ésta no está impuesta, a pesar de establecerse como un método de regularidad y de equilibrio en la actuación de los sujetos procesales.

c) *Formas residuales*: que son las conservadas por el hábito o apego a la tradición, pero que éstas sólo se acatan excepcionalmente, al carecer de fines prácticos.

Pero en la regulación de las formas, resulta más conveniente y práctico seguir la concepción de Clariá Olmedo [9], quien distingue entre las siguientes categorías o criterios:

1) *Actos con formalidad imperativa*, para los cuales resulta inevitable la observancia a lo previsto por la ley: *actos estrictamente formales*.

2) *Actos con formalidad no imperativa*, respecto de los cuales la previsión legal puede no ser observada: *actos meramente formales*.

3) *Actos no formales*, es decir, sin previsión alguna de formalidad: *libre actividad*. Cuando la realización del acto se prevé sin establecerse formalidad alguna para la expresión de voluntad o de ciencia, nos hallamos dentro del campo de la libre elección de formalidades.

Los ordenamientos procesales o códigos adjetivos, generalmente, adoptan combinadamente los tres tipos de manifestaciones formales. La imperativa, tanto absoluta como relativa, rige para todos los actos fundamentales o básicos del procedimiento. La formalidad libre rige abundantemente para lo que se conoce por "mera tramitación".

El Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba (ley 8465), regula, en el Título II, del Libro I (a partir del art. 35) los llamados "actos procesales", conteniendo algunas de sus normas, regulación en materia de formalidades esenciales en la realización de ellos.

(8) Véscovi, Enrique, *Teoría general del proceso*, Temis, Bogotá, Colombia, 1984, p. 251.
(9) Clariá Olmedo, ob. cit., p. 89

Por su parte, el Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba (ley 8123) también lo hace en el título VI del Libro I (capítulos I a IV), con disposiciones generales similares a las del Procedimiento Civil.

La ley del fuero de familia de la provincia de Córdoba (ley 7676) y el Código Procesal laboral (ley 7982) contienen también algunas normas referidas a las formalidades de los actos procesales. Sin embargo, respecto a estos dos últimos ordenamientos debe tenerse en cuenta que conforme lo establecen respectivamente los arts. 114 de la ley 7987 y 183 de la ley 7676, son las normas del C.P.C. de Córdoba (ley 8465) las que se aplican supletoriamente en aquellos aspectos no tratados por su respectiva normativa procesal. Es por ello que muchas disposiciones relativas a los actos procesales que están previstas en el ordenamiento Civil y Comercial de Córdoba, regulan también las actuaciones, en general, de los otros dos fueros en tanto sean compatibles.

Como regla general, podemos señalar como formalidades de los actos procesales las siguientes:

2.3.1.1. *Idioma nacional*

Para toda expresión hablada u escrita que debe tener lugar en el proceso judicial corresponde utilizar el idioma nacional. Esta formalidad es esencial para toda actuación judicial. Así -y a modo de ejemplo- se puede mencionar lo establecido por el art. 128 C.P.P. de esta provincia que reza "*Todos los actos procesales deberán cumplirse en idioma nacional, bajo pena de nulidad*".

Cuando quien deba cumplir el acto procesal no conozca el idioma o no pueda expresarse por medio de él, se recurrirá a la traducción o interpretación. Al respecto, el art. 299 C.P.C., establece que "si los testigos no hablaran el idioma nacional serán examinados con la intervención de uno o más intérpretes nombrados de oficio por el tribunal, los cuales jurarán o harán promesa de traducir fielmente las preguntas y contestaciones que por su conducto se hicieren".

También debe ser traducida toda documentación escrita en idioma extranjero. Así, nuestro C.P.C., en el art. 87, 3er párrafo, expresa que "Cuando se presentaren documentos en idioma extranjero deberá acompañarse su traducción realizada por traductor público matriculado, bajo apercibimiento de tener por no presentados los documentos, sin recurso alguno".

2.3.1.2. *Publicidad o reserva de las actuaciones*

Con respecto a las partes en el proceso civil, a diferencia de lo que ocurre en el proceso penal o en materia de familia, la regla es la no reserva de las actuaciones. También las sentencias deben ser de conocimiento público. Sin embargo, la ley o el tribunal, puede disponer el secreto o reserva de determinadas actuaciones cuando estén involucradas cuestiones de orden público o de seguridad o protección de algunas de las partes. El art. 68 C.P.C., expresa que "*El expediente será de conocimiento público, salvo que la ley disponga lo contrario, o el tribunal lo decida por razones de seguridad, de moral o en protección de alguna de las partes. Podrán consultarlo, en la oficina, las partes y todos los que tuvieren un interés en la exhibición. Si el secretario lo negare podrá reclamarse verbalmente ante el tribunal, que resolverá de acuerdo con el primer párrafo*". Por su parte, el art. 54 del mismo cuerpo legal expresa "*Las audiencias serán públicas salvo que el tribunal disponga lo contrario por resolución motivada, sin recurso alguno*".

En las cuestiones de familia, el conocimiento que los terceros puedan tomar de las resoluciones judiciales tiene características especiales. El principio de reserva en esta materia se acoge en el código de fondo (art. 236 C.C.) y en las leyes procesales. La ley 7676, establece expresamente el carácter privado y reservado del procedimiento de familia, sus actuaciones y sentencia. En efecto, según lo expresado por los autores del proyecto de ley, la naturaleza de las cuestiones sometidas a conocimiento del tribunal exige que sean tratadas dentro de un marco de discreción. Así, el legislador cordobés ha dispuesto claramente el carácter "secreto", "reservado", "privado" del procedimiento de familia (arts. 20 inc. 1, 39, 48 52, 56, 57, 62, 78 inc. 2 y 81, ley 7676).

2.3.1.3. *Forma de los escritos judiciales*

En cuanto a las formalidades de los escritos judiciales, nuestro ordenamiento adjetivo civil y comercial local expresa que en las actas, autos y demás actuaciones no se usarán abreviaturas ni números, excepto cuando se enuncien disposiciones legales, debiéndose salvar al final las testaciones, entrelíneas y enmiendas. En los decretos de mero trámite, podrán consignarse las fechas y horas en números (art. 36 C.P.C.)

Por su parte, es importante señalar que todo escrito judicial debe encabezarse con la expresión de su objeto, el nombre de quien lo presenta, su domicilio constituido y la enunciación precisa de la carátula del

expediente. Quien actúe por otro deberá expresar además, por quien lo hace (art. 37 C.P.C.).

Otra formalidad relativa a los escritos que presenten las partes es el relacionado a su recibo y certificación. En efecto, el tribunal debe expedir recibo o copia de todo escrito o documento que fuere entregado cuando sea peticionado por alguna de las partes, expresando día y hora de su presentación. Se certificará, asimismo -de ser requerido-, cualquier otra circunstancia que resulte pertinente según el estado del juicio.

Una particularidad que presenta el Código Procesal Civil de Córdoba es que autoriza ante el simple pedido verbal de la parte o su letrado, a que el tribunal certifique sin trámite alguno y en el mismo acto de ser solicitada, fotocopia de cualquier actuación judicial, salvo que la ley requiera el cumplimiento de otros requisitos, o que por su extensión se difiera su otorgamiento (art. 38 C.P.C.).

Todo escrito que se presenta ante un tribunal requiere que sea "cargado" por el empleado que lo reciba, con aclaración de su firma, y éste debe consignar la fecha y hora de su presentación. El mismo día debe ser puesto a despacho para que el tribunal provea lo que por derecho corresponda.

Para fechar un acto se requiere que se consigne el lugar, día, mes y año en que se cumpliere (art. 128 C.P.P.).

Asimismo, de todo escrito del que deba darse vista o traslado, de los que tengan por objeto ofrecer prueba, documentos o promover incidentes, deberán acompañarse tantas copias como partes intervinientes haya, las que se cargarán y se entregarán a las otras partes al practicárseles la primera notificación (art. 85 C.P.C.).

Por su parte, las resoluciones judiciales, deberán contener la firma del juez o tribunal y la del secretario cuando así se establezca (art. 143 C.P.P.).

2.3.1.4. *Constitución de domicilio.*

Otra de las formalidades relativas a las actuaciones en general dentro del proceso judicial es el relacionado con la constitución en la primera oportunidad que se presente al juicio de un domicilio procesal dentro del radio que para cada sede establezca el Tribunal Superior de Justicia, sin lo cual no podrá ser oído (v.gr., art. 88 C.P.C.; art. 166 C.P.P.).

2.3.1.5. *Forma documental.*

Toda la actividad que se cumple en el proceso judicial debe quedar documentada en folios los que unidos en legajo, constituyen lo que se denomina "expediente judicial".

En estos folios constará el íntegro desarrollo de los actos o el mero cumplimiento de ellos, con el agregado de algunas circunstancias o detalles[10].

Debe agregarse como otra formalidad esencial de la actividad procesal la protocolización de las sentencias y de los autos y la función práctica que cumple en el proceso lo que se conoce por documentación derivada: duplicados y copias.

2.3.2. El lugar donde se desarrollan los actos procesales.

Como regla, la actividad debe cumplirse en la sede del tribunal donde está radicado el proceso y en los ambientes destinados a esos fines. Como excepción, puede el juez cumplir actos por sí, o por delegación en personal subalterno en otro lugar dentro de la circunscripción territorial de su asiento (v.gr., arts. 61 y 62 C.P.C.; 130 y 139 C.P.P.; art. 17, ley 7987). De lo contrario, debe actuar vía del exhorto o con arreglo a las leyes convenio sobre auxilio y comunicación entre tribunales judiciales[11] (art. 63 C.P.C.).

Se pueden mencionar como excepciones a la regla general que establece que la actividad procesal debe ser cumplida en la sede del tribunal, a las previsiones contenidas en los arts. 307 y 227 C.P.C. El primero de ellos expresa que "podrán ser examinados en sus domicilios los testigos que, por su edad u otras circunstancias, merezcan estas consideraciones, a criterio del tribunal". Por su parte, el art. 227, posibilita en determinadas circunstancias receptar la absolución de posiciones en el domicilio del absolvente. Así, esa norma expresa "Cuando por enfermedad del que deba declarar, hubiere de recibírsele la declaración en su domicilio, lo verificará el tribunal en presencia de la parte contraria, o sin ella, según lo exijan las circunstancias".

Por su parte, las actuaciones, que como se ha manifestado, se encuentran reunidas en el expediente judicial y los demás efectos

(10) Clariá Olmedo, ob. cit., p. 92.

(11) Véase al respecto Ley 22.172 (L.p. 6425), comunicaciones entre tribunales de distinta jurisdicción.

correspondientes a la causa, deben permanecer en las oficinas del tribunal, bajo la custodia de la secretaría.

Sólo pueden ser sacados de sus oficinas en los casos expresamente previstos por la ley procesal o cuando el tribunal lo estime necesario y lo ordene fundándolo en razones de una mejor administración de justicia.

Al respecto se establece que los expedientes en trámite no podrán ser retirados del tribunal salvo para evacuar traslados o vistas; para confeccionar cédulas de notificación, providencias, oficios o exhortos; cuando lo requieran para el cumplimiento de sus funciones los peritos, los martilleros y los miembros del ministerio público o en los demás casos que las leyes determinen (art. 69 C.P.C.). No obstante lo dispuesto, el secretario podrá autorizar el retiro del expediente a los letrados y procuradores que intervengan en el pleito, siempre que el estado de éste lo permita. El préstamo del expediente no se hará por más de tres días (art. 70 C.P.C.) y su entrega se hará siempre bajo recibo, a cuyo efecto el actuario llevará un libro especial (art. 72 C.P.C.). Cuando aquél a quien se hubiese entregado un expediente no lo devolviera en el plazo fijado, el tribunal, a pedido de parte, ordenará mandar a sacarlo por apremio y el responsable podrá ser sancionado con el pago de una multa por su retención indebida (arts. 73 y 74 C.P.C.).

2.3.3. El tiempo en el proceso

[illegible] el tiempo es un elemento constante en la actividad procesal. [illegible] actos procesales depende de su realización [illegible] la ley haya debido reglamentar [illegible] el desenvolvimiento del [illegible] aptos para realizar [illegible] dentro de los cuales es [illegible] en particular [illegible]

[illegible] en general, deben ser cumplidos en días y horas [illegible] Sin embargo, los días y horas inhábiles [illegible] a esos fines conforme lo establezca la ley (art. 42 [illegible] 130 C.P.P.; art. 17, ley 7987).

(12) Palacio, ob. cit., p. 302

Son días hábiles todos los días del año, con excepción de los sábados, domingos y feriados, o los declarados inhábiles por leyes, decretos y resoluciones del Tribunal Superior de Justicia (Ej.: durante la feria judicial) (art. 43, primer párrafo, C.P.C.).

Se entiende por horas hábiles las comprendidas entre las siete y las veinte (art. 43, in fine, C.P.C.)

Los jueces pueden habilitar los días y horas inhábiles, sin recurso alguno, cuando hubiere riesgo de quedar ilusoria una providencia judicial o de frustrarse, por la demora, alguna diligencia importante para acreditar o asegurar el derecho de los litigantes, o cuando el asunto fuere urgente (art. 44 C.P.C., art. 130 C.P.P.).

3. Saneamiento

Debe señalarse también, como un capítulo dentro de la teoría de los actos procesales, a la actividad que puede cumplirse en un proceso judicial denominada "saneamiento".

Esta institución antigua, poco utilizada, constituye una función del Tribunal del juicio que puede emplearse con el fin de erradicar o prevenir vicios del procedimiento.

La función de saneamiento comprende tanto la de expurgar vicios referidos a la legitimación y a los presupuestos procesales como la de clarificar las pretensiones de las partes [13]. Tiene como objeto eliminar, en la etapa inicial del juicio, todos aquellos defectos, irregularidades u obstáculos que puedan entorpecer el normal desarrollo de la instancia.

Se trata de una actividad que, en general, puede denominarse [illegible] "preventiva". En efecto, la función de "saneamiento" [illegible] la realización de actividad viciada que pueda ocasionar [illegible] del acto.

[illegible] esta función del tribunal se manifiesta procesalmente [illegible] de oficio la sanción de "inadmisibilidad", que es aquella [illegible] ingreso al proceso de un acto procesal por no haber

(13) Ferreyra de de la Rúa, Angelina, *Lineamientos para un proceso civil moderno. "La simplificación procesal"*, Ediar, Bs. As., 1997, p. 142.

observado las formas o requisitos exigidos por la ley Se pueden mencionar como ejemplos de este remedio procesal, la posibilidad de que un tribunal inadmita una demanda defectuosa cuando ésta no cumpla con los recaudos previstos por la ley procesal (art. 176 C.P.C.), o la inadmisibilidad de un recurso cuando hubiera sido interpuesto fuera del plazo, sin las formalidades correspondientes, por quien no tenga derecho, etcétera (art. 355 C.P.C.; art. 455 C.P.P.).

Pero más específicamente esta función "saneadora" suele estar prevista en los ordenamientos procesales más avanzados como una actividad que debe realizar el tribunal en la audiencia preliminar (v.gr., art. 360 C PC N) Esta función que se asigna a la audiencia preliminar es la de sanear los defectos que pudieran advertirse en el procedimiento. De esta forma se salva la vida del proceso al eliminar las circunstancias que lo debilitan (nulidades) o simples defectos promocionales, v.gr., excepciones previas [14].

En nuestro ordenamiento procesal civil esta función de "saneamiento" no está expresamente prevista -salvo los supuestos en que se prevé la posibilidad de que el juez declare la inadmisibilidad de determinados actos procesales- y ella encuentre límites en el carácter exageradamente dispositivo de dicho cuerpo normativo.

Por el contrario en el procedimiento laboral, el art 33 de la ley 7987 establece que el tribunal, para evitar nulidades de procedimientos o establecer la verdad de los hechos controvertidos deberá disponer de oficio las diligencias que estime necesarias

Por su parte, la ley de procedimiento de familia (7676) expresamente establece, que los magistrados, antes de continuar con el procedimiento, de dar trámite a cualquier petición, deberán señalar los defectos u omisiones de que adolezcan los actos cumplidos, ordenando que se subsanen dentro de un plazo no mayor de cinco días. También podrá disponer de oficio toda diligencia que fuera necesaria para evitar nulidades (art. 14).

Disposiciones similares contiene el Código Procesal Civil de la Nación (art. 34 inc. 5 b y 36 C.P.C.N.).

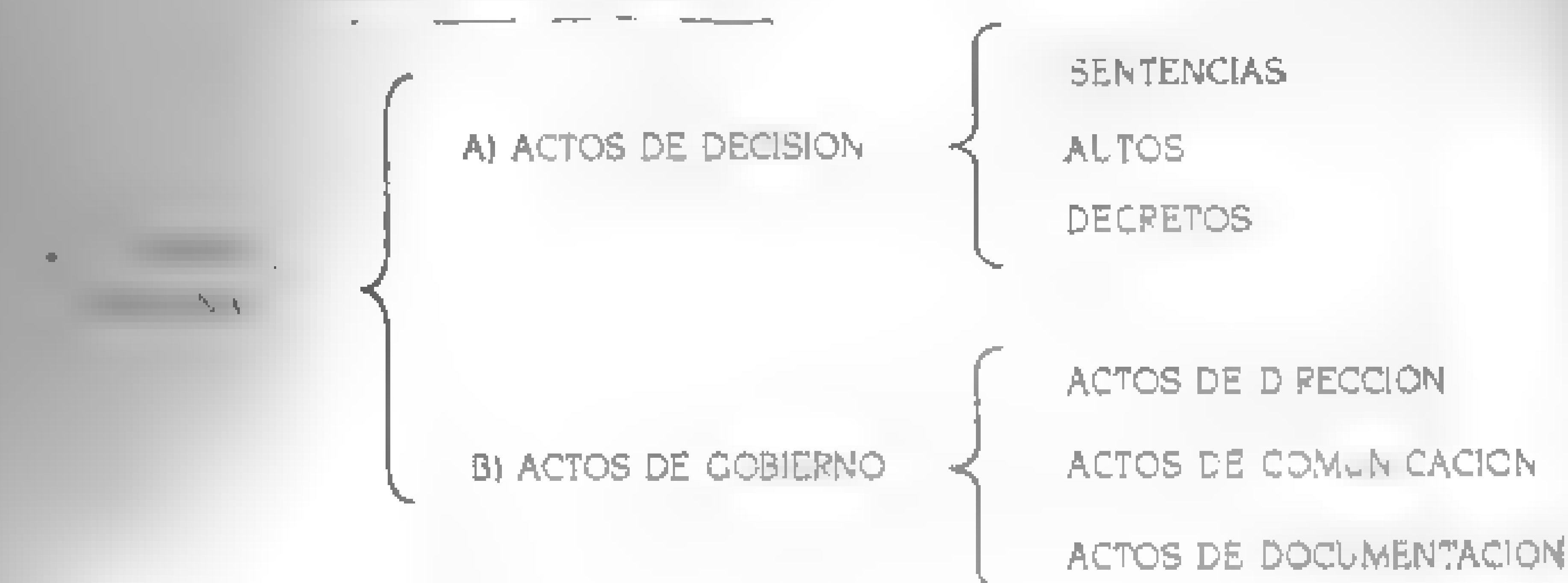
[illegible] a que el saneamiento tiene un efecto preventivo en el proceso y [illegible] de la nulidad que tiende a extirpar los defectos *ex post*

(14) Ferreyra de de la Rúa, Angelina, Lineamientos para un proceso civil moderno, "*La simplificación procesal*", ob cit p 128

4. Clasificación de los actos procesales

[illegible] a los dos [illegible] teniendo en cuenta a los fines de efectuar [illegible] los actos procesales, haciendo referencia [illegible] de Clariá Olmedo y de Palacio. Es por ello que se [illegible] desde dos campos, desde el punto de vista del sujeto [illegible] el acto procesal (criterio subjetivo) y desde su apreciación [illegible]

4.1 Por el sujeto que lo realiza



- ACTOS DE LAS PARTES
- ACTOS DE TERCEROS

Teniendo en cuenta el órgano del cual emana el acto procesal (criterio subjetivo), y en consideración con la función que cumple en el proceso, se distinguen:

4.1.1. Actos del tribunal judicial

Este aspecto debe analizarse en sentido amplio, comprendiendo no sólo los actos cumplidos por el juez sino también los realizados por los otros funcionarios y empleados organizados dentro de la actividad.

Comprende también los actos realizados por el fiscal de instrucción en el procedimiento penal cuando está a cargo de la

investigación fiscal preparatoria, pero no cuando actúa como una parte más en el proceso [15].

Dentro de esta categoría de actos debemos distinguir entre los actos de decisión y los de gobierno.

a) *Actos de decisión*, que son aquellos que tienden a resolver el proceso, se subclasifican en *sentencias, autos y decretos*.

La *sentencia* es la decisión del juez que se produce cuando se pone fin al proceso de conocimiento después de su integral tramitación, decidiendo sobre el fundamento de las pretensiones hechas valer por las partes, sin perjuicio del tratamiento de cuestiones previas que no pudieron ser resueltas como artículo de especial pronunciamiento [16]. La sentencia es el principal acto decisorio del tribunal y constituye, generalmente, el último eslabón de la cadena.

Los *autos interlocutorios* resuelven cuestiones que guardan vinculación con la tramitación que se suscita durante el curso del procedimiento y cuya resolución previa es menester. Resuelven cuestiones que requieren sustanciación, planteadas durante el curso del proceso. Es todo pronunciamiento del tribunal que pone fin a un incidente o a un artículo dentro del proceso, entendiendo por incidente toda cuestión planteada dentro del proceso por una de las partes, y resistida por la otra, que el juez, previamente, debe resolver. El *auto interlocutorio*, a diferencia de la sentencia judicial, se caracteriza porque se produce sin referirse al proceso en su integral tramitación. Nuestro ordenamiento procesal civil y comercial local, enuncia estas resoluciones jurisdiccionales en el art. 117 inc. 3.

En esta categoría debemos incluir a los *autos homologatorios*, que tienen por objeto dejar firme una transacción o un acuerdo celebrado entre las partes. Se trata de un auto y no de una sentencia, porque lo que resuelve es solamente un artículo de la transacción, que puede ser distinto del contenido de la plataforma fáctica (demanda y contestación).

Los *decretos* o *providencias* son resoluciones judiciales de mero trámite que sirven para impulsar el procedimiento. Tienden al desarrollo del proceso y permiten su avance hacia la decisión final. A través de estas providencias el juez va conduciendo el proceso. El Código Procesal Civil y Comercial de Córdoba distingue entre decretos de mero trámite (art. 117 inc. 1 C.P.C.) y

(15) Vivas Ussher, Gustavo *Manual de derecho penal* 1, Alveroni, Cba., 1999, p. 430.
(16) Clariá Olmedo, ob cit p. 224

decretos propiamente dichos, que se dictan sin sustanciación y tienen por objeto el desarrollo del proceso o la ordenación de actos de mera ejecución (art. 117 inc. 2). Son ejemplos de providencias simples las que tienen por interpuesta la demanda, las que ordenan la agregación de un documento, las que disponen la apertura a prueba, las que designan fechas para una audiencia, etcétera. Se trata de resoluciones que el juez puede dictar de oficio o proveyendo a peticiones de las que no corresponde conferir traslado a la otra parte [17].

Esta clase de resoluciones admite, a su vez, una subclasificación, fundada en el hecho de que causen o no gravamen irreparable. Una providencia causa gravamen irreparable cuando, una vez consentida, sus efectos no pueden subsanarse o enmendarse en el curso ulterior del procedimiento. En esta categoría cabe incluir, por ejemplo, a la resolución que dispone aplicar una sanción [18].

El Código Procesal Penal de la Provincia, como los demás ordenamientos procesales, también establece que las decisiones del Tribunal serán dadas por *sentencia, auto o decreto*. Dictará sentencia para poner término al proceso, auto para resolver un incidente o artículo de éste o cuando el Código lo exija, decreto en los demás casos o cuando esa forma sea especialmente prescripta (art. 141 C.P.P.). Las resoluciones del fiscal de Instrucción serán dadas por decreto, el cual será fundado cuando esta forma sea especialmente prescripta, bajo sanción de nulidad (art. 154 C.P.P.).

b) *Actos de gobierno*, que son aquellos que tienden a la impulsión y conducción del proceso se subclasifican en *actos de dirección, de comunicación y de documentación*.

Son *actos de dirección* aquellas atribuciones que tiene el juez (o el fiscal en su caso) para llevar adelante la actividad que se cumple en el proceso con orden y corrección. Se manifiesta, asimismo, en la facultad conferida por la ley al juzgador para imponer sanciones a todos los sujetos que con su conducta obstaculicen la tarea de administrar justicia y en la potestad de emplear la fuerza pública para el cumplimiento de las resoluciones judiciales. Resulta gráfico el ejemplo del testigo que puede ser traído a

(17) Palacio, ob cit p. 327
(18) Palacio, ob cit, p. 327

[illegible] por la fuerza pública y mantenido en arresto hasta recibir su declaración (art. 287 C.P.C.). También los tribunales tienen el deber de mantener el orden en las audiencias, pudiendo aplicar sanciones así como también imponer arrestos hasta por ocho días (art. 57 C.P.C.).

En el ejercicio de sus funciones, el tribunal podrá disponer la intervención de la fuerza pública y todas las medidas necesarias para el seguro y regular cumplimiento de los actos que ordene (art. 138 C.P.P.).

Los *actos de comunicación* son aquellos por los que se comunica de una manera auténtica una resolución u otra actuación jurisdiccional. Son todos los actos tendientes a dar noticias de las resoluciones jurisdiccionales. Entre ellos, podemos mencionar a los oficios, exhortos, rogatorias, notificaciones, traslados, vistas, etcétera.

Son *actos de documentación* aquellos que tienen por finalidad la formación material de los expedientes con la incorporación de todas las actuaciones que se realicen con intervención del tribunal y la de otorgarles el carácter de instrumentos públicos, así como también la de custodiar y conservar las resoluciones jurisdiccionales (protocolo de sentencias y autos).

4.1.2. Actos de las partes

En cuanto emanados de cualquiera de los otros sujetos procesales: actores, demandados, peticionantes y terceros intervinientes en el proceso civil. También incluimos los actos realizados por el acusador, el imputado, el querellante y el ministerio público en el proceso penal. Se incluyen los actos cumplidos por los colaboradores de aquellos como los realizados por el representante legal, el procurador, el asesor letrado, el consultor técnico, etcétera [19]. Estos actos están destinados, fundamentalmente, a la afirmación de los hechos y a la aportación de pruebas.

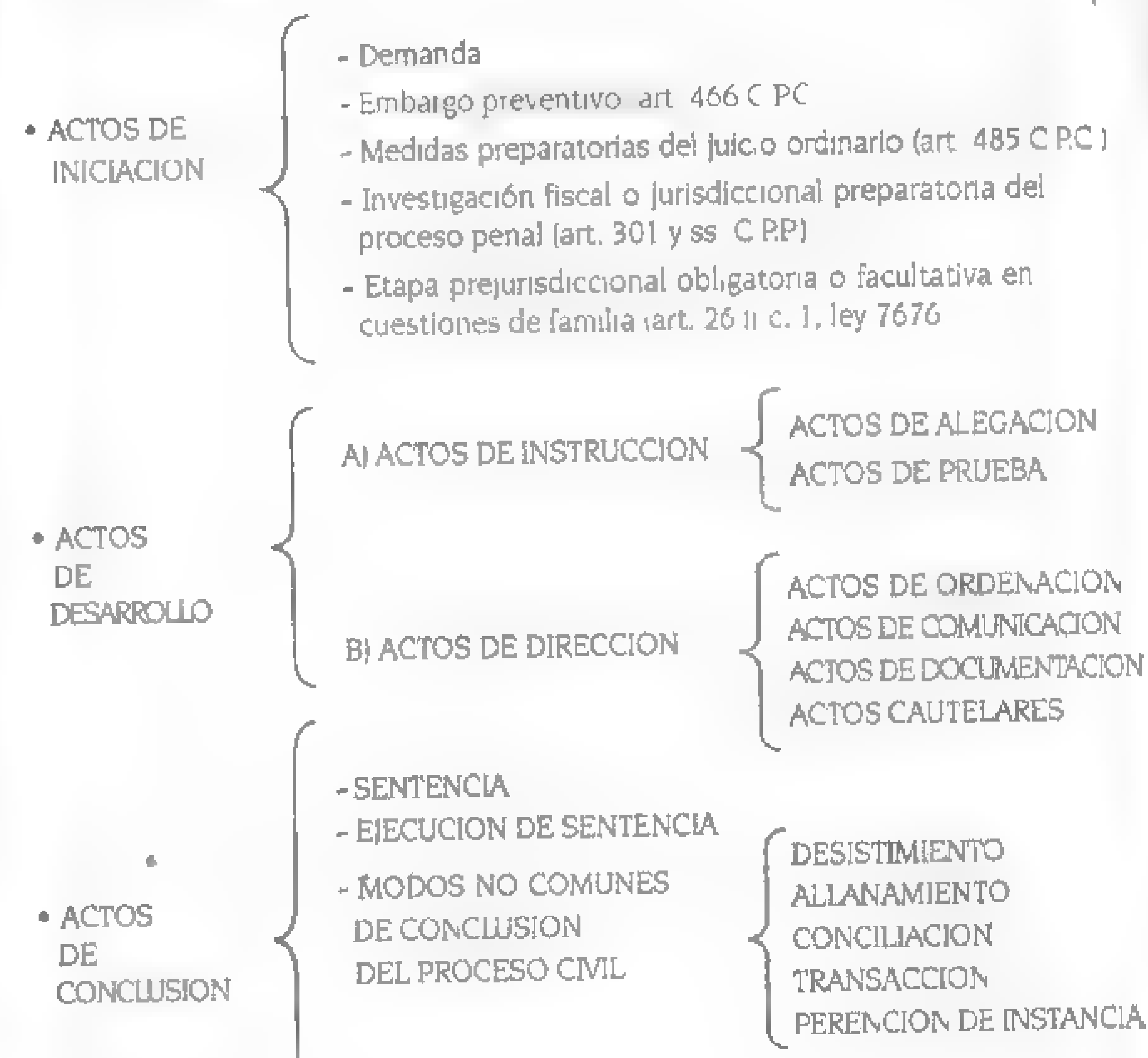
Integran esta categoría de actos, entre otros: la demanda, la contestación de demanda, la reconvención, actos de impulso procesal (v.gr., acuse de rebeldía), oposición de excepciones, actos de ofrecimiento y producción de pruebas, actos discusorios (alegatos de las partes), etcétera. En el proceso penal podemos mencionar los siguientes: solicitar sobreseimiento, pedir rechazo de la demanda civil, efectuar valoración fáctica y jurídica a través de los alegatos, ofrecimiento de pruebas, etcétera.

(19) Clariá Olmedo, ob. cit., p. 94

4.1.3. Actos de terceros

[illegible] a la actividad que cumplen aquellos sujetos que sin ser parte ni integrar el órgano jurisdiccional participan (facultativa o imperativamente) en el proceso. Estas personas intervienen sin vinculación a la autoridad con respecto al tribunal (sin dependencia jerárquica) y sin asumir la posición de parte ni de colaborador de éstas [20]. Se incluye dentro de esta categoría, entre otros, los actos realizados por testigos, peritos, fiadores de medidas cautelares, depositarios de bienes embargados, intérpretes, etcétera.

4.2. Por el objeto



(20) Clariá Olmedo, ob. cit., p. 94

MODOS DIFERENTES DE CONCLUSION DEL PROCESO PENAL	- SOBRESEIMIENTO (Art. 348 CPP) - JUICIO ABREVIADO (Art. 415 CPP) - SUSPENSION DEL JUICIO A PRUEBA (PROBATION) (Art. 76 bis C Penal)

Sobre la base de un criterio objetivo o funcional, resulta conveniente tomar como base la clasificación seguida por Palacio [21], quien concibiendo el proceso como una secuencia cronológica de actos, considera adecuado formular una clasificación de los aspectos procesales atendiendo a la incidencia que éstos revisten en las tres etapas fundamentales de dicha secuencia que, como tal, tiene un comienzo, un desarrollo y un final.

4.2.1. *Actos de iniciación* son aquellos que tiene por finalidad dar comienzo a un proceso. En el proceso civil el acto típico de iniciación es la demanda, aunque a título excepcional puede comenzarse el proceso con actos anteriores a la interposición de la demanda, como algunas medidas cautelares (embargo preventivo, art. 466 C.P.C.) o las medidas preparatorias en el juicio ordinario (art. 485 C.P.C.)

En el proceso penal podemos mencionar como actos de iniciación a la etapa de investigación fiscal (o en algunos casos jurisdiccional) preparatoria para los delitos de acción pública (art. 301 y ss. C.P.P.).

Finalmente, en el fuero de familia de la ciudad de Córdoba, la ley 7676 contiene la previsión de una etapa prejurisdiccional de vocación conciliatoria anterior a la etapa jurisdiccional. Su tramitación es facultativa en la mayoría de los supuestos de su competencia (art. 26 inc. 1, ley 7676) y está a cargo de los asesores de familia [22].

4.2.2. *Actos de desarrollo* son aquellos que, una vez producida la iniciación del proceso, están dirigidos a impulsar el proceso para llegar a la resolución [illegible]

Atendiendo a estas circunstancias se pueden subclasificar en a) *Actos* [illegible] y b) *Actos de dirección*

(21) [illegible] cit. p. 297 y ss

(22) [illegible], María V y Ferreyra de de la Rúa, Angelina, Régimen procesal del fuero de familia, *Depalma*, Bs. As., 1999, p. 179

a) *Actos de instrucción* son los actos realizados por las partes tendientes a introducir al proceso las cuestiones de hecho y de derecho esgrimidas como fundamento de sus respectivas pretensiones. Por su parte, comprende también toda la actividad probatoria que deben efectuar los sujetos procesales con el fin de acreditar los extremos expuestos. A tal fin, se puede incluir dentro esta categoría a los actos de *alegación* y los de *prueba*.

b) *Actos de dirección* que tienen como finalidad dirigir el proceso. Puede subdividirse en *actos de ordenación, de comunicación, de documentación y cautelares*.

"Son *actos de ordenación* los que tienden a encausar el proceso a través de sus diversas etapas, sea impulsándolo para lograr el tránsito de una a otra de éstas, sea admitiendo o rechazando las peticiones formuladas por las partes, sea impugnando los actos que se estiman defectuosos o injustos" (Palacio) [23].

Son *actos de comunicación* o *de transmisión* aquellos que tiene por finalidad poner en conocimiento de una manera auténtica una resolución jurisdiccional, ya sea a las partes, a los terceros interesados o a funcionarios judiciales o administrativos.

Son *actos de documentación* aquellos mediante los cuales se incorpora al proceso los distintos escritos y documentos que introducen las partes y los terceros y que contribuyen a la formación del expediente judicial. También comprenden las actuaciones realizadas por los secretarios y empleados judiciales mediante la expedición de certificados, providencias o testimonios en el expediente. Finalmente, comprenden el archivo de las resoluciones trascendentes del proceso a través de la protocolización de autos y sentencias en los libros respectivos.

Son *actos cautelares* aquellos que tienden a asegurar el cumplimiento de lo efectivamente resuelto por el tribunal. Entre ellos, se puede mencionar el embargo, anotación de litis, prohibición de innovar, intervención judicial, secuestro, etcétera.

4.2.3. *Actos de conclusión* son aquellos que tienen por objeto dar fin al proceso. El típico acto procesal que pone fin al proceso judicial es la sentencia que puede completarse con las actividades tendientes al efectivo cumplimiento de ésta mediante la realización de los bienes del deudor a favor del ejecutante (ejecución de sentencia).

(23) Ob. cit., p. 297

Existen, asimismo, modos llamados "anormales" de conclusión del proceso, que pueden provenir de declaraciones de voluntad formuladas por una o ambas partes (*allanamiento, desistimiento, transacción y conciliación*) o ser la consecuencia de la inactividad de la parte que tiene el deber de impulsar el procedimiento, por el tiempo que establece la ley (*caducidad o perención de instancia*), a los que la ley le atribuye efectos extintivos del procedimiento [24].

En el procedimiento penal, como un modo abreviado de llegar a la "sentencia" se puede mencionar al *juicio abreviado*, previsto normativamente en el art. 415 C.P.P. Ese supuesto se configura cuando el imputado confesare circunstanciada y llanamente su culpabilidad, en cuyo supuesto podrá omitirse la recepción de prueba tendiente a acreditarla, siempre que estuvieran de acuerdo el Tribunal, el fiscal y el defensor del imputado. En tal caso, la sentencia se fundará en pruebas recogidas en la investigación penal preparatoria y no se podrá imponer una pena más gravosa que la pedida por el fiscal.

Igualmente hay modos "no comunes" de culminación de un procedimiento penal. En primer lugar se analizará el instituto del *sobreseimiento*, que es el acto procesal que cierra irrevocable y definitivamente el proceso con relación al imputado a cuyo favor se dicta (arts. 348 y 349 C.P.P.).

El sobreseimiento procede:

a) Cuando el hecho investigado no se cometió o no lo fue por el imputado.

b) Cuando el hecho no encuadra en una figura penal.

c) Cuando mediare causa de justificación, inimputabilidad, [illegible] toria.

d) [illegible] penal se ha extinguido

e) [illegible] todos [illegible] gación [illegible] hubiere [illegible] C.P.P.) y no [illegible] nuevas prueba [illegible] 351 y 352 [illegible] rá la libertad [illegible]

del imputado que estuviere detenido, se despacharán las comunicaciones al Registro Nacional de Reincidencia y, si fuere total, se archivarán el expediente y las piezas de convicción que no corresponda restituir.

Otro modo no común de culminación de un procedimiento penal, lo constituye el instituto previsto en el art. 76 bis del Código Penal denominado "*Suspensión del juicio a prueba*", comúnmente conocido como "*probation*".

El imputado por un delito de acción pública reprimido con pena de reclusión o prisión cuyo máximo no exceda de tres años puede solicitar la suspensión del juicio a prueba.

Al presentar la solicitud el imputado deberá ofrecer hacerse cargo de la reparación del daño en la medida de lo posible sin que ello implique confesión ni reconocimiento de la responsabilidad civil correspondiente. El juez decidirá sobre la razonabilidad del ofrecimiento en resolución fundada. La parte damnificada podrá aceptar o no la reparación ofrecida y, en este último caso, si la realización del juicio se suspende, tendrá habilitada la acción civil correspondiente.

El tiempo de suspensión será fijado por el tribunal entre uno y tres años, según la gravedad del delito, quien también establecerá las reglas de conducta que deberá cumplir el imputado conforme las previsiones del art. 27 bis C.P. (por ejemplo trabajos no remunerados a favor del Estado, o trabajos comunitarios, etcétera) (confr. art. 76 ter C.P.). Durante ese lapso se suspenderá la prescripción de la acción penal.

Si durante el tiempo de suspensión el imputado no comete un nuevo delito, repara los daños en la medida ofrecida y cumple las reglas de conducta establecidas se extingue la acción penal, por ello decimos que es un modo "no común" de culminación del proceso. En caso contrario, continuará el juicio contra él iniciado.

CAPITULO X[illegible]

Comunicación procesal

por Patricia V. Asrin

Sumario: 1. Comunicación procesal. Concepto. 1.2 Clases de comunicación. 1 3 Medios de comunicación. 1.3 1. Traslados y vistas. 1.3 2. Audiencias. 1 3 3 Oficios. 1 3 4. Exhortos. 1 3 5 Mandamientos 1 3 5. Suplicatorias. 2. Comunicaciones internacionales. 3. La notificación procesal 3.1 Sistemas de notificación. 3.2. Tipos de notificaciones 3 3 Forma de las notificaciones 3 3 1 Notificación a domicilio 3 3 2 Notificación por diligencia 3.3.3. Notificación por retiro del expediente 3 3.4 Notificación por edictos 3 3.5 Notificación por ministerio de la ley. 3 3 6. Notificación al Ministerio Público. 4. Tiempo en que deben practicarse las notificaciones. 5. Nulidad de las notificaciones Sanciones

1. Comunicación procesal. Concepto

Se puede caracterizar la comunicación que se lleva a cabo en el proceso judicial como el acto procesal mediante el cual se hace conocer de una manera auténtica una resolución jurisdiccional.

La regla general es que todos los actos procesales deben ser comunicados a las partes.

Palacio define a los actos procesales de comunicación o transmisión, como "*aquellos que tienen por objeto poner en conocimiento de las partes, de los terceros* (*peritos, testigos, etc.*) *o de funcionarios judiciales o*

administrativos, sea una petición formulada en el proceso o el contenido de una resolución judicial" [1].

La comunicación procesal es necesaria por múltiples motivos; en primer lugar, es esencial para las partes en razón del principio del contradictorio [2]. En efecto, del art. 18 C.N., deriva el principio de bilateralidad de la audiencia. Dicha cláusula prescribe que es "inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos", y es a través de la comunicación, esto es, del conocimiento que las partes tengan del desarrollo del proceso, que les permitirá ejercer funciones de control o fiscalización de éste [3]. En segundo lugar, es necesaria esta función para los terceros que son llamados a intervenir en el proceso, como los testigos, peritos, intérpretes. También es esencial esta actividad procesal para la cooperación de personas particulares o públicas a quienes se requiere su intervención en el proceso, sea como simples informantes (a través de oficios), o bien cuando se requiere la colaboración de otros tribunales (ya sea provinciales, nacionales o extranjeros), por vía de exhortos o cartas rogatorias.

Esta actividad "comunicante", que ha sido clasificada por parte de la doctrina como secundaria, por entenderse que no es de las principales que cumple el Poder Judicial [4], no la realizan las partes en forma directa sino por intermedio del tribunal, a través de distintos medios: oficios, exhortos, notificaciones, etcétera.

1.2. Clases de comunicación

Teniendo en cuenta su ámbito, la doctrina [5] distingue entre:

a) *Comunicaciones internas del tribunal* (dentro de la oficina), que se [illegible]llan durante el curso del procedimiento. Abarca todo lo que se [illegible] de manera directa con los sujetos procesales que actúan dentro [illegible] y que tienen un interés comprometido.

[illegible] Enrique, *Derecho procesal civil. Actos procesales* (t V), Abeledo- Perrot, Bs. [illegible]

[illegible] *[illegible] general del proceso*, Temis, Bogotá, Colombia, 1984, p. 275

[illegible] Manuel E., "Actos jurídicos procesales" en Zinny, Jorge H [illegible] *[illegible] procesal civil. Teoría del proceso*, Atenea, Cba., 1997, p. 197

(4) Véscovi, ob. cit., p. 275

(5) Véscovi, ob. cit., p. 276

b) *Comunicaciones externas* (fuera del tribunal) que pueden dirigirse a órganos del ámbito nacional o del extranjero, estas últimas son las internacionales, que se materializan por vía de exhortos o cartas rogatorias.

1.3. Medios de comunicación

El problema de la comunicación procesal radica en los diversos medios a través de los cuales se exterioriza ésta en la práctica. Los medios deben ser idóneos para cumplir con su finalidad, esto es, poner en conocimiento de una manera fehaciente una petición formulada o el contenido de una resolución judicial. Entre ellos podemos mencionar:

1.3.1. Traslados y vistas

Son los modos por los cuales se comunica a una de las partes las pretensiones o alegatos de la contraria, a fin de que aquella emita una opinión al respecto.

Al principio de contradicción emergente de la garantía constitucional de la defensa en juicio responde la institución del traslado a la que Palacio define como *"aquellas providencias mediante las cuales los jueces o tribunales deciden poner en conocimiento de las partes o de los terceros las peticiones encaminadas a obtener una resolución capaz de afectarlos, concediéndoles de tal manera la oportunidad de formular alegaciones o producir pruebas en apoyo de los derechos que estiman asistirles"* [6].

En general, las vistas tienen la misma finalidad que los traslados y la mayoría de los códigos vigentes la sujetan a los mismos requisitos que éstos. En términos generales y frente a la ausencia de previsiones legales específicas, puede decirse que la concesión de un traslado o de una vista depende de la mayor o menor complejidad de las cuestiones acerca de las cuales debe expedirse el destinatario del correspondiente acto de transmisión [7].

Nuestro ordenamiento procesal civil y comercial local establece, sin hacer distinción entre unos u otros, que los traslados y vistas se correrán

(6) Palacio, ob. cit., t. V, p. 340

(7) Palacio, ob. cit., t. V, p. 342

entregando al interesado, juntamente con las cédulas de notificación, las copias a que se refiere el art. 85, siempre que aquéllas no hubieren sido entregadas con anterioridad (art. 170 C.PC.). Con relación al plazo, todo traslado o vista que no tenga fijado uno especial por ley o por el tribunal se considerará otorgado por tres días y la diligencia se practicará en la forma prevista para las notificaciones en general (arts. 171 y 172 C.P.C.).

1.3.2. Audiencias

Son los medios de comunicación no sólo entre partes sino entre éstas y el tribunal, designándose a tal fin un determinado día y hora para su recepción.

En cualquier estado de la causa los tribunales podrán decretar audiencias para aclarar puntos dudosos o procurar avenimientos o transacciones entre las partes. También se designan audiencias en el proceso a los fines de diligenciar prueba oralizada (testimonial, confesional), para designar peritos, etcétera.

En general, las audiencias son públicas, salvo que el tribunal disponga lo contrario por resolución motivada, lo que no dará lugar a recurso alguno (art. 54 C.PC.).

Las audiencias ordenadas por la ley serán decretadas con designación precisa de día y hora e intervalo no menor de tres días, salvo que motivos especiales exijan mayor brevedad. Se realizarán con las partes que asistieran a ellas, sin esperarse a los demás interesados más de quince minutos (art. 59 C.P.C.).

De lo ocurrido en la audiencia se labra un acta que debe contener el nombre y la firma de los que hubieran intervenido (art. 60 C.PC.).

1.3.3. Oficios

Se denomina oficios a las comunicaciones escritas dirigidas a los órganos judiciales, a los funcionarios de otros poderes del Estado, a particulares y a entidades privadas y suscriptas, según los casos, por los jueces, secretarios o letrados patrocinantes de las partes o peticionarios[8].

En efecto, los oficios son los medios de comunicación que, en general, los jueces pueden cursar a otro órgano jurisdiccional u otra autoridad a

(8) Palacio, ob. cit., t. V, p. 394

fin de encomendarles el cumplimiento de alguna diligencia (recepción de prueba, embargo de bienes, etcétera), de requerirles informes sobre el estado de una causa, o la remisión de algún expediente, etcétera.

En algunos casos, los códigos procesales autorizan a los letrados a suscribir oficios, cuando han sido previamente ordenados por el tribunal[9].

El Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia regula la forma de realizar estas diligencias en los arts. 61 a 65.

Es normal que, en virtud de la limitada competencia territorial de los tribunales, éstos deban solicitar el auxilio de jueces de otros territorios. En la actualidad, la ley 22.172, aprobatoria del convenio celebrado entre la Nación y la provincia de Santa Fe -al cual han adherido las restantes provincias, incluida la de Córdoba-, erige al oficio en el medio de comunicación normal entre todos los jueces de la República, sean nacionales o provinciales.

En efecto, el art. 1° de la citada ley, expresa que "la comunicación entre los tribunales de distinta jurisdicción territorial se realizará directamente por oficio, sin distinción de grado o clase, siempre que ejerzan la misma competencia en razón de la materia".

Dicho oficio no requiere legalización y debe contener, conforme el art. 3° de la ley: a) Designación y número del tribunal y secretaría, nombre del juez y secretario; b) Nombre de las partes, objeto o naturaleza del juicio y el valor pecuniario, si existiera; c) Mención sobre la competencia del tribunal oficiante; d) Transcripción de las resoluciones que deban notificarse o cumplirse y su objeto claramente expresado si no resultare de la resolución transcripta; e) Nombre de las personas autorizadas para intervenir en el trámite; f) El sello del tribunal y la firma del juez y del secretario en cada una de sus hojas.

(9) Al respecto el art. 322 C.PC. expresa que "Cuando interviniere letrado, apoderado o patrocinante, los pedidos de informes, expedientes, copias autenticadas y certificados ordenados en el juicio serán requeridos por medio de oficios firmados, sellados y diligenciados por aquél, con transcripción de la resolución que los ordene y del art. 320. Deberá, en su caso, consignarse la prevención que establece el último párrafo del artículo anterior. Deberá otorgarse recibo del pedido de informes y remitirse las contestaciones directamente a la secretaría con transcripción o copia del oficio. El tribunal inmediatamente de recibido deberá agregarlo en el expediente, con noticia a las partes personalmente o por cédula. Cuando en la redacción de los oficios los profesionales se apartaren de lo establecido en la providencia que los ordena o de las formas legales, será de aplicación el art. 160."

1.3.4. Exhortos

S[illegible] los medios de comunicación de un órgano jurisdiccional a otro de [illegible] la misma jurisdicción o de otra distinta, con el objeto [illegible] el cumplimiento de determinadas diligencias (notificaciones, recepción de pruebas, medidas cautelares, etcétera), o para hacerles [illegible] resoluciones adoptadas con motivo de una cuestión de competencia planteada por vía de inhibitoria.

Sin embargo, en virtud de lo dispuesto por la mencionada ley 22.172, el exhorto sólo es utilizable, en nuestro ordenamiento jurídico, para las [illegible] entre los distintos tribunales de la provincia de Córdoba. [illegible] así, pues toda comunicación dirigida a otra autoridad judicial fuera de [illegible] pero dentro de la República, se hará por oficio en la forma que [illegible] la ley convenio sobre comunicaciones entre tribunales de distinta competencia territorial (ley 22.172).

1.3.5. Mandamientos

[illegible] mandamiento a [illegible] medio de comunicación de un órgano [illegible] a otro de inferior jerarquía, con el objeto requerirle el [illegible] de determinadas diligencias (v.gr. de un juez de cámara a un [illegible] primera instancia).

1.3.5. Suplicatorias

[illegible] onalmente se conoce como suplicatoria al medio de [illegible] de un órgano jurisdiccional a otro de mayor jerarquía, sea [illegible] jurisdicción o de otra distinta (v.gr. de un juez de primera [illegible] juez de cámara).

2. Comunicaciones internacionales

[illegible] internacional privado procesal prevé el auxilio jurisdiccional [illegible] regula mediante tratados que establecen la cooperación [illegible] por medio del exhorto, por el cual se solicita (ruega, [illegible] órgano jurisdiccional de otro país, el cumplimiento de un [illegible] debe realizarse dentro de su territorio. Indistintamente [illegible] carta rogatoria [10].

(10) Véscovi ob cit p 277

El [illegible] que les ayuden en su tramitación, por ej. [illegible] solicitan inventarios, tasaciones, actos procesales de mero trámite, notificaciones, citaciones, recepción y obtención de pruebas o informes, traba de medidas cautelares, ejecución o reconocimiento de sentencias dictadas por tribunales extranjeros, etc. El juez solicitante se denomina "exhortante" y el solicitado "exhortado".

Es natural que en cada caso y a los fines de las formalidades que deben observarse en lo concerniente a este modo de cooperación jurisdiccional entre distintos países, debe estarse a lo que establezcan los respectivos tratados internacionales suscriptos por los Estados parte.

Se admite habitualmente que el juez se dirija directamente a su similar del país exhortado en papel simple cumpliendo ciertos requisitos formales especiales. Los exhortos y cartas rogatorias deberán ser redactadas en la lengua del Estado que libra el exhorto y serán acompañados de una traducción hecha en el idioma del Estado al cual se [illegible] dicho exhorto debidamente certificada.

En general, si se trata de embargos, la procedencia de la medida está regida por las leyes y los jueces del lugar del proceso. La traba de los embargos o demás cautelares, y las reglas sobre inembargabilidad de los bienes afectados se regirán por las leyes del lugar en donde d[illegible] los bienes estuvieren situados.

El exhorto debe proceder o de una autoridad judicial propiamente dicha o de un organismo administrativo de carácter jurisdiccional cuyos pronunciamientos queden sujetos a control judicial suficiente para impedir que tales órganos ejerzan un poder absolutamente discrecional sustraído a toda revisión ulterior [11].

En cuanto al procedimiento, se aplica, generalmente, la legislación del país del cumplimiento del exhorto, conforme lo establecen casi sin excepción los tratados internacionales, sin perjuicio de la reserva en ellos, del orden público, lo que permite el no cumplimiento de los actos que puedan afectarlo en el país exhortado [12].

(11) Goldschmidt, Werner, *Derecho internacional privado Derecho de la tolerancia*, Depalma, Bs. As., 1988, p. 480.

(12) Véscovi, Enrique, ob. cit., p. 279

En efecto, el juez exhortado no puede, en principio, resolver sobre la procedencia o validez de una diligencia que se le haya encomendado por el juez exhortante, salvo que afecte derechos consagrados por la legislación local a favor de sus habitantes.

Los códigos procesales argentinos, en general, reglamentan los exhortos dirigidos a o por órganos judiciales extranjeros.

El art. 132 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación establece que "las comunicaciones dirigidas a autoridades judiciales extranjeras se harán mediante exhorto. Se dará cumplimiento a las medidas solicitadas por autoridades judiciales extranjeras, cuando de la comunicación que así lo requiera resulte que han sido dispuestas por tribunales competentes según las reglas argentinas de jurisdicción internacional y siempre que la resolución que las ordene no afecte principios de orden público del derecho argentino. En su caso, se aplicarán los demás recaudos establecidos en los tratados y acuerdos internacionales, así como la reglamentación de superintendencia".

El Código Procesal Civil y Comercial local (ley 8465) no es una excepción a la regla, y regula minuciosamente los requisitos que deben contener las comunicaciones dirigidas a autoridades judiciales extranjeras.

Al respecto, el art. 66 C.P.C., establece que dichos exhortos deberán contener: 1) La designación, números del tribunal y secretaría y el nombre del juez; 2) El nombre de las partes interesadas; 3) La designación del asunto; 4) La expresión de las circunstancias y normas que justifiquen, *prima facie*, la competencia del tribunal exhortante; 5) La designación precisa de la diligencia cuyo cumplimiento se solicita y la transcripción de la decisión que la ordena; 6) El nombre de las personas autorizadas para intervenir en el trámite; 7) El sello del tribunal y la firma del juez y secretario en cada una de sus hojas. El exhorto será remitido al Tribunal Superior de Justicia, quien lo dirigirá al Poder [illegible] para que éste lo remita por vía diplomática.

[illegible] parte, y tal como lo prevé el art. 67 C.P.C., los exhortos [illegible] del extranjero se diligenciarán ante el tribunal de primera [illegible] corresponda, con intervención del Ministerio Fiscal. Las [illegible] ellos serán cumplidas cuando de la comunicación [illegible] resulte que han sido dispuestas por tribunales competentes [illegible] reglas argentinas de jurisdicción internacional y siempre que la resolución que las ordene no afecte principios de orden público del derecho argentino.

También establece la referida norma legal que contra la resoluc[illegible] que admita o deniegue el despacho del exhorto procederá el recurso [illegible] apelación directamente ante el Tribunal Superior de Justicia.

El Código Procesal Penal de la Provincia, por su parte, regula l[illegible] exhortos a tribunales extranjeros y exhortos del extranjero en los arts. 160 y 161, respectivamente.

3. La notificación procesal

Palacio [13] define a las notificaciones como "*los actos mediante [illegible] cuales se pone en conocimiento de las partes, o de terceros, el contenido de u[illegible] resolución judicial*".

Señala el autor que estas actuaciones vienen a constituir u[illegible] complemento ineludible de los traslados y las vistas, pues sólo a partir [illegible] la notificación de las resoluciones que los confieren nace, para [illegible] destinatario, la carga de contestarlos.

Asimismo, para que comiencen a producir efectos las resolucion[illegible] judiciales, deben ser notificadas con arreglo a lo que disponen [illegible] leyes procesales. Al respecto, el art. 142 C.P.C., establece como re[illegible] que las providencias y resoluciones judiciales no obligan si no [illegible] notificadas con arreglo a la ley.

De lo expuesto se sigue la doble finalidad que persiguen l[illegible] notificaciones. Por un lado, tienden a asegurar la efectiva vigencia [illegible] principio de contradicción. Por el otro, determinan el punto de par[illegible] para computar los plazos dentro de los cuales corresponde cumplir [illegible] acto o actos procesales ordenados o bien deducir las impugnacio[illegible] admisibles respecto de la resolución judicial de que se trate [14].

La notificación comenzó siendo un acto privado aun cuand[illegible] proceso comenzaba a hacerse público. En Roma, en sus inicios, el [illegible] era el encargado no sólo de citar sino de conducir -hasta por la fuerz[illegible] demandado ante el tribunal. Era lo que se conocía con el nombre [illegible] *jus vocatio* que establecía severas penas para el que se res[illegible]

(13) Palacio, ob. cit., t. V, p. 346.
(14) Palacio, ob. cit., t. V, p. 347.

conducido y a los amigos y parientes que lo ayudaran. A causa de los inconvenientes de este sistema, Marco Aurelio lo sustituyó por la *litis denuntiatio*, que consistía en el llamamiento que hacía el actor al demandado, por escrito, con intervención de testigos, pero siempre en forma privada. Fue recién hacia fines de la época clásica, en el derecho justinianeo, en que dejó de tener carácter privado y se encomendó la tarea a funcionarios públicos. La realizaba el *executor* o el *viator*, a quien podríamos considerar antecedente de nuestro oficial notificador [15].

Los arts. 142 a 145 C.P.C. de Córdoba, están inspirados, como gran parte del Código Procesal Civil y Comercial, en el formalismo de la Ley de Enjuiciamiento Civil Española de 1855, que en su art. 21 prescribía que "las notificaciones se practicarán, leyéndose íntegramente la providencia y dando en el acto copia de ella, aunque no la pida la persona a quien se haga". La disidencia radica en la sistemática de la ley española, que, a diferencia de nuestra legislación procesal local, distingue claramente entre las notificaciones, las citaciones, los emplazamientos y los requerimientos [16].

La doctrina denomina *citación*, al llamamiento que se hace a una persona para que concurra ante el órgano jurisdiccional en un momento determinado, para un acto procesal. Por su parte el *emplazamiento* es el llamamiento que se hace a una persona, para que dentro de un término que se fije, ejecute un acto procesal. Si se trata de imponer o evitar una conducta cualquiera, distinta de la comparecencia, nos hallamos ante un requerimiento [17].

El Código Procesal Civil y Comercial local establece en el art. 161 que las disposiciones relativas a las notificaciones son aplicables, en cuanto procediere, a las citaciones y a los emplazamientos y señala la forma de cumplirlos en los arts. 162 a 169. Por su parte, el Código Procesal Penal de la Provincia regula, en el Capítulo VI del Título VI del Libro I (arts. 163 a 179) disposiciones generales aplicables tanto para las notificaciones como también para las citaciones y las vistas.

En conclusión, se puede afirmar que tanto las citaciones como los emplazamientos y los requerimientos son actos de intimación que, por ir

(15) [illegible] p. 280
(16) Conf. Rodríguez Juárez, ob. cit., p. 196
(17) Rodríguez Juárez, ob. cit., p. 199

combinados con una notificación -que es un acto de comunicación- quedan absorbidos por el régimen general sentado por éstos.

3.1. Sistemas de notificación

La mayor parte de los ordenamientos procesales distingue claramente dos grandes sistemas de notificación:

a) *La notificación personal*, que es la que se lleva a cabo en la sede del tribunal donde está radicado el proceso y que obliga a las partes a concurrir a la oficina del tribunal los días específicamente determinados por la ley.

b) *La notificación en el domicilio*, que es la que se hace fuera de la sede del tribunal. Se puede mencionar dentro de esta categoría a la notificación por cédula, por carta documento, por edictos, etcétera.

El principio o regla general, sentado en el ordenamiento ritual civil y comercial es el de la *notificación personal*, también denominado notificación por ministerio de la ley o *ministerio legis*, previsto en el art. 153 C.P.C., el que expresa "salvo los casos en que proceda la notificación a domicilio, las resoluciones se considerarán notificadas, por ministerio de la ley, el primer martes o viernes posterior al día en que hubiesen sido dictadas, o el siguiente hábil, si alguno de aquellos fuere inhábil...". Esta disposición obliga a las partes a concurrir a la oficina, los días determinados (martes y viernes), a los fines de notificarse de las resoluciones decretadas o dictadas.

También la notificación por ministerio de la ley es la regla en materia de comunicaciones en el Fuero Laboral de la Provincia de Córdoba y en el Fuero de Familia (ley 7676). Así lo establecen respectivamente el art. 20 de la ley 7987 y el 32 de la ley 7676. Esta forma de notificación no está prevista en el procedimiento penal.

3.2. Tipos de notificaciones

A. Desde el punto de vista de la dimensión formal, Palacio [18] distingue entre

(18) Palacio, ob. cit., t. V, p. 348

a) *Notificación expresa*, cuando existe un efectivo acto de transmisión de conocimiento a través del acto procesal de que se trata.

b) *Notificación tácita*, cuando el acto de transmisión se repute verificado por disposición de la ley o a raíz de actitudes asumidas por las partes o sus auxiliares.

Dentro del primer grupo corresponde formular una distinción según el acto de transmisión haya proporcionado al destinatario un conocimiento cierto (ej. las que se practican en el expediente con la firma del interesado puesta al pie de la respectiva diligencia o bien son dirigidas al domicilio del destinatario mediante cédula o carta documento recibida personalmente por él), o bien haya proporcionado sólo un conocimiento presunto acerca del contenido de la resolución judicial de que se trate (ej. notificación publicada por edictos o por cédula, telegrama o carta documento que simplemente se dejan en su domicilio sin la constancia de haber sido recibidas por el destinatario).

Son notificaciones tácitas las que se consideran realizadas determinados días de la semana fijados por la ley o por el órgano judicial (art. 153 C.PC., art. 20 ley 7987, art. 32 ley 7676) o a raíz del retiro del expediente por la parte interesada o por su abogado (art. 151 C.PC.).

B. En cuanto al lugar en que la notificación llega al conocimiento real o presunto del destinatario, podemos distinguir entre las notificaciones que se realizan en la sede del órgano jurisdiccional (por diligencia en el expediente, por retiro del expediente y por ministerio de la ley), en el domicilio de aquél (notificaciones por cédula, telegrama o carta certificada) y cuando se ignora el domicilio del destinatario, la notificación puede ser realizada por edictos.

a domicilio → cédula

3.3. *Forma de las notificaciones*

Los ordenamientos procesales distinguen, como formas de [illegible], las siguientes:

1) *A domicilio*, por cédula o cualquier otro medio fehaciente realizado por [illegible] funcionario autorizado (arts. 144 a 149 C.PC.; art. 170 C.P.P.; art. 33 ley 7676; art. 21 ley 7987).

2) *En la oficina*: mediante *diligencia* suscripta personalmente en el expediente (art. 150 C.PC.; art. 169 C.P.P.).

3) *Por retiro del expediente* (art. 151 C.PC.).

4) *Por edictos* (art. 152 C.PC.; art. 171 C.P.P.)

5) *Por ministerio de la ley* (art. 153 C.P.C.; art. 20 ley 7987; art. 32. ley 7676).

3.3.1. Notificación a domicilio

→ excepcional

Se ha afirmado que el principio general adoptado por los códigos procedimentales es el de la notificación en la sede del tribunal, por *ministerio legis*. Sin embargo, la notificación a domicilio, si bien excepcional, se ha convertido en la más común dentro de la práctica tribunalicia local, en especial la efectuada a través de la cédula de notificación.

Dentro de esta forma de notificación, cabe distinguir entre las resoluciones que deben ser notificadas al domicilio real del demandado de las que deben serlo a su domicilio constituido.

Al respecto, el código ritual en materia civil y comercial local expresa en el art. 144 que deberán ser notificadas al domicilio real la citación de comparendo, la de remate cuando correspondiere, y la que se ordene con motivo de la renuncia del apoderado o patrocinante, la providencia que declara la rebeldía y la sentencia dictada mientras ella subsista; por último, también deberá ser notificada a ese domicilio la citación a la audiencia para absolución de posiciones cuando la parte no intervenga personalmente en el juicio. Esta enumeración es de carácter taxativo y encuentra su fundamento en el art. 18 C.N. (inviolabilidad de la defensa en juicio).

Por su parte, el art. 145 enumera los supuestos de resoluciones o actuaciones procesales que deben ser notificadas al domicilio que han constituido las partes de conformidad a lo establecido en el art. 88 C.PC. El domicilio constituido es aquél que las partes han fijado al comparecer a estar a derecho y debe estar comprendido dentro de un determinado radio que tiene como centro la sede del tribunal.

El Código, como se advierte, si bien mantiene como principio general la notificación personal", regula de manera casuística las principales [illegible] a aquel principio en esta norma con catorce incisos que revisten carácter meramente enunciativo, pues prevé expresamente que deberán ser notificadas personalmente al domicilio constituido, además de los supuestos previstos (entre ellos los traslados y vistas, la citación de remate, el decreto de apertura a prueba, el decreto de autos, etcétera), las demás resoluciones de que se haga mención expresa en la ley o que el

tribunal, por su naturaleza, importancia o carácter excepcional así lo disponga (art. 145, inc. 14, C.P.C.).

La ley de procedimiento laboral de Córdoba (7987), de manera similar, luego de enunciar la regla general contenida en el art. 20 (notificación por ministerio de la ley) enumera en su art. 21 los proveídos que deben ser notificados al domicilio de las partes: ej. citación a audiencia de conciliación, decreto de elevación de la causa a juicio, decreto de avocamiento, audiencia de vista de causa, traslados, vistas, etcétera, constituyendo excepciones a la referida regla general de notificación tácita.

De igual manera lo establece la ley del fuero de familia (7676) en su art. 33.

Entre las formas de notificación a domicilio, los ordenamientos procesales distinguen las siguientes:

3.3.1.1. *Notificación por cédula*

La notificación por cédula es la notificación a domicilio que se practica con intervención de los auxiliares judiciales designados por la ley, en el domicilio (procesal, real o convencional) de las partes o de sus representantes[19].

La cédula es el documento que consta de un original y de una copia y en el que aparece transcripta la resolución que pretende notificarse. Debe contener las siguientes enunciaciones:

1) Nombre y apellido de la persona a notificar, o designación que corresponda y su domicilio.

2) Nombre de los autos.

3) Juzgado y secretaría en que se tramita el juicio y domicilio de la sede.

4) Transcripción del decreto o de la parte resolutiva del auto o [illegible]a que se pretende notificar.

[illegible] designación del asunto por su objeto.

[illegible] caso de acompañarse copias de escritos o documentos, la [illegible]berá contener detalle preciso de aquéllas.

[illegible] será suscripta por el apoderado o el letrado patrocinante [illegible] tenga interés en la notificación, por el síndico, tutor o [illegible] en su caso, quienes deberán aclarar su firma y su

(19) Palacio ob. cit. t. V p. 360

presentación a los fines del diligenciamiento importará la notificación a la parte que la suscribe, si no se hubiere notificado con anterioridad por otro medio (art. 146 C.P.C.)

De igual manera, el secretario del tribunal suscribirá la cédula cuando fuere conveniente por razones de urgencia o por el objeto de la providencia, o cuando la notificación fuere de oficio (art. 146 *in fine* C.P.C.), en este caso, debe aclarar su firma con el sello correspondiente.

El procedimiento a observar para realizar la notificación (una vez presentada la cédula a la oficina de notificaciones o de ujieres), será diferente según si el destinatario esté presente o no en el acto de comunicación

En el primer caso, el notificador o ujier llevará por duplicado la cédula y entregará al interesado uno de los ejemplares, juntamente con las copias que correspondan, asentando bajo su firma la fecha de la notificación. Al pie del otro ejemplar, que se agregará al expediente, consignará la diligencia cumplida, la que firmará juntamente con el interesado. Si éste no supiere, quisiere o pudiere firmar, lo hará constar expresamente en dicha diligencia, sin otra formalidad (arts. 147 C.P.C.; 170 C.P.P.).

Cuando el notificador o el ujier no encontrare a la persona a quien haya de notificar, entregará la cédula a cualquiera de la casa, prefiriendo a los familiares. Si dichas personas se negaren a firmar o no supiesen hacerlo, lo hará constar en la diligencia respectiva. Si no hubiere persona de la casa que quisiere recibir la cédula, o la casa estuviere cerrada, lo dejará o arrojará en su interior. Si en el domicilio atribuido se informase que allí no vive la persona buscada el funcionario encargado de practicarla hará la notificación consignando esa manifestación en la cédula (art. 148 C.P.C., 170 C.P.P.).

El Código Procesal Penal de Córdoba, por su parte, establece que cuando quien deba notificarse no se encontrare en su domicilio, la copia será entregada a una persona mayor de 18 años que resida allí, prefiriéndose a los parientes del interesado y, a falta de ellos, a sus empleados o dependientes. Si no se encontrare nadie la copia será entregada a un vecino mayor de dicha edad que sepa leer y escribir, con preferencia el más cercano. En estos casos el notificador hará constar a qué persona hizo entrega de la copia y por qué motivo y ambos suscribirán la diligencia (art. 170 3° y 4° párrs.). También expresa la norma que cuando el notificado o el tercero se negaren a recibir la copia, dar su nombre o firmar, ella será fijada en la puerta de la casa o habitación donde se practique el acto, en presencia de un testigo, que firmará la diligencia. Si

la persona requerida no supiere o no pudiere firmar, lo hará un testigo a su ruego (art. 170 *in fine* C.P.P.).

Corresponde puntualizar que la validez de la notificación diligenciada con otra persona de la casa, departamento u oficina, o con el encargado del edificio, se halla condicionada a la circunstancia de que el notificador se cerciore previamente acerca de la presencia de la persona a quien va a notificar [20].

3.3.1.2. *Notificación por otros medios fehacientes: telegrama, carta documento o carta certificada*.

El Código Procesal Civil y Comercial provincial prevé en el art. 149, que cuando la notificación deba practicarse a personas que se domicilien en otras localidades de la provincia, podrá hacerse por medio de telegrama copiado o colacionado, carta documento o carta certificada con aviso de recibo. En el último caso, a petición de parte.

Los telegramas y cartas documentos deberán confeccionarse de acuerdo a la reglamentación vigente y contendrán los requisitos del art. 146 C.P.C., agregándose al expediente un duplicado con las constancias expedidas por el correo.

La carta certificada se confeccionará por duplicado en forma que permita su cierre y remisión sin sobre, con las indicaciones del primer párrafo del art. 146, agregando las copias que correspondan, firmada por el secretario y se expedirá por el tribunal con los fondos que provea el interesado (art. 149 3er párrafo).

La constancia oficial de la entrega del telegrama o el aviso de recibo de las cartas se agregarán al expediente y establecerán la fecha de notificación (art. 149 *in fine*).

Es de destacar que estos medios de notificación sólo pueden utilizarse cuando la notificación deba practicarse a personas que se domicilien en otras localidades de la provincia de Córdoba, ya que para otras provincias deberá realizarse conforme a la ley nacional 22.172.

Un problema que presenta la notificación realizada por carta documento y por telegrama, es la imposibilidad de acompañar las copias de documentos o del escrito de demanda; pero el C.P.C., con buen criterio,

(20) Palacio, Lino Enrique, *Manual de derecho procesal civil*, ob. cit., p. 320.

lo soluciona, al permitir realizar la notificación por medio de carta certificada con aviso de retorno, que sí permite acompañar dichas copias [21].

La ley de procedimiento laboral de Córdoba (7987) establece que las notificaciones se efectuarán no sólo por cédulas de notificación sino también por telegrama colacionado o carta documento (art. 22). Esta ley, a diferencia de lo expresado por el C.P.C., no establece esta forma de notificación exclusivamente para cuando las personas a notificar se domicilien en otras localidades de la provincia, pero las normas del procedimiento civil se aplican supletoriamente según lo establecido por el (art. 114 ley 7987). En este fuero, los telegramas colacionados o las cartas documentos podrán ser suscriptas por el apoderado o letrado patrocinante de la parte que tenga interés en la notificación (art. 22 ley 7987).

3.3.2. Notificación por diligencia

Es la notificación personal que tiene lugar en el expediente mediante diligencia extendida por personal del tribunal, con indicación de la fecha, y que debe ser firmada por el interesado.

Para su validez, debe ser realizada mediante diligencia suscripta personalmente por el interesado, su apoderado o patrocinante en el expediente y, realizada de este modo, suple a cualquiera de las otras especies (art. 150 C.P.C.; art. 169 C.P.P.).

3.3.3. Notificación por retiro del expediente

El retiro del expediente por el apoderado o patrocinante, de conformidad con lo establecido en los arts. 69 y 70 C.P.C., importará la notificación de todo lo actuado (art. 151 C.P.C.).

El secretario podrá autorizar el retiro del expediente a los letrados y procuradores que intervengan en el pleito, siempre que el estado de éste lo permita, cuyo préstamo no se hará por más de tres días. La entrega de los expedientes debe hacerse en todo caso bajo recibo, a cuyo efecto el actuario llevará un libro especial (art. 71 C.P.C.).

(21) Rodríguez Juárez, Manuel E. y Enrico De Pittaro, María C., *Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba*, ley 8465, Alveroni, Cba., 1996, p. 88.

3.3.4. Notificación por edictos

La notificación por edictos es aquella que se practica mediante publicaciones por la prensa, tendientes a hacer conocer una resolución judicial a alguna persona incierta o cuyo domicilio se ignore.

Palacio [22] define este medio de notificación como *"aquélla que practicada mediante avisos insertos en la prensa, exhibidos en lugares públicos o transmitidos por radio o televisión, tiene por objeto hacer conocer a un numero determinado de personas la realización de un acto ordenado judicialmente respecto del cual pueden tener interés, o bien lograr la comparecencia al proceso de personas inciertas o cuyo domicilio se ignore".*

Si bien la notificación por edictos constituye una forma de notificación expresa, pues se verifica mediante un acto real o efectivo, el conocimiento que ella proporciona es presunto, pues muchas veces no logra cumplir con su finalidad, que es anoticiar al destinatario de una resolución judicial de la cual pueda tener un interés.

La notificación por edictos está prevista por todos los ordenamientos procesales.

Dispone el art. 152 C.P.C., modificado por ley 8687/98, que procederá la notificación por edictos cuando se tratare de personas inciertas o cuyo domicilio se ignore. En este último caso la parte deberá manifestar bajo juramento que ha realizado sin éxito las gestiones tendientes a conocer el domicilio de la persona a quien se deba notificar. Esta disposición, y siguiendo los lineamientos del actual art. 145 C.P.C.N., innova en relación con el régimen vigente anterior a la reforma que no exigía "manifestar bajo juramento" que se habían realizado sin éxito las gestiones tendientes a conocer el domicilio de la persona a quien corresponda notificar.

Una de las formas de agotar la posibilidad de conocer cuál es el domicilio de la persona que se pretende notificar es oficiar a la justicia electoral a fin de que informe cuál es el último domicilio que figura en los padrones electorales y allí dirigir la cedula de notificación. Cumplida esta instancia, si del informe del oficial notificador surge que la persona a la que se pretende notificar no tiene su domicilio allí, la parte interesada en efectuar la notificación, podrá solicitar -bajo su exclusiva responsabilidad- que se publiquen edictos.

(22) Palacio, op. cit., t. V, p. 379

Sin embargo, el actual ordenamiento procesal civil local no exige el requisito de acreditación previa del desconocimiento del domicilio de la persona que se pretende notificar, pues tal como surge del art. 153, bastará que manifieste "bajo juramento" que ha realizado sin éxito, dichas gestiones. El fundamento está dado en la posibilidad del interesado de solicitar la anulación del acto en los supuestos de que habiendo conocido (quien debía efectuar la notificación) el domicilio o identidad de la persona que había de citarse y emplazarse, la hubiera hecho practicar por medio de edictos.

Los edictos deberán contener en forma sintética las enunciaciones indispensables, de conformidad con la reglamentación que dicte el Tribunal Superior de Justicia. En general deben contener las enunciaciones fundamentales de toda notificación, es decir el nombre del destinatario cuando fuere conocido, o del causante en su caso, o la individualización del inmueble u otro objeto del litigio (si el demandado fuera desconocido), la transcripción íntegra de la providencia cuando fuese de mero trámite o de la parte dispositiva si fuese una sentencia o un auto interlocutorio, la autorización del secretario del tribunal y cualquier otra indicación que pueda facilitar el conocimiento por parte del interesado de la providencia judicial [23].

Los edictos se publicarán en el Boletín Oficial y en un diario de los de mayor circulación del lugar del último domicilio del citado, si fuera conocido, o en su defecto, del lugar del juicio (art. 153 3er párr.).

El art. 165 C.P.C. dispone que la citación o el emplazamiento se practicará por edictos cuando no fuere conocido el domicilio de la parte que haya de ser citada o ella fuera incierta. En estos casos los edictos se publicarán cinco veces, el emplazamiento será de veinte días y correrá desde el último día de su publicación. Si ese día es inhábil, el término empieza a correr a partir del primer día hábil inmediato.

Se acreditará que han sido publicados, agregando al expediente el recibo de pago de la publicación (diario) que lleve adherido el recorte de ésta.

El Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba, dispone de manera similar a la establecida para el procedimiento civil, que cuando

(23) Confr. Rodríguez Juárez, "Actos jurídicos procesales", cit., p. 213

... lugar donde se encuentre la persona que deba ser notificada, ... se hará saber por edictos que se publicarán durante cinco ... en el diario de circulación sin perjuicio de las medidas convenientes para averiguar la residencia (art. 171 C.P.C.).

La ley de procedimiento laboral, por su parte expresamente prevé: Cuando se desconociere el domicilio del demandado, se notificará por edicto durante cinco veces en diez días en el diario de mayor circulación del lugar del último domicilio del citado si fuere conocido o en su defecto el del lugar del juicio y en el modo que lo reglamente el Tribunal Superior de Justicia o en la localidad más próxima que lo tuviere. En tal caso el término de comparendo será de diez días a partir de la última publicación" (art. 22, 3er párr., ley 7987).

El actual C.P.C. de Córdoba contempla en forma expresa otros medios de propalación de edictos, mediante anuncios en radio y/o en televisión. Así, la última parte del art. 153 dispone que si el tribunal lo estima conveniente, podrán publicarse edictos "en una radiodifusora de amplio alcance del lugar del último domicilio o de la sede del juicio, todo conforme a la reglamentación que dicte el Tribunal Superior de Justicia". Y agrega. "La notificación por radiodifusión se acreditará agregando al expediente certificación emanada por la empresa radiodifusora en la que constará el texto del anuncio, que deberá ser idéntico al del edicto y los días y horas en que se difundió".

Las partes están obligadas a controlar que el texto del edicto publicado concuerde con el ordenado por el tribunal, pues si no pueden ser declaradas nulas y deberán volver a realizarse a costas de quien lo solicitó.

La nulidad de la notificación edictal puede ser solicitada también en el supuesto previsto cuando habiendo conocido el interesado el domicilio o la identidad del que había de citarse y emplazarse, hubiera hecho practicar la notificación en la forma prescripta para el caso de ser incierta la persona o desconocido el domicilio (art. 169 C.P.C.).

Es importante destacar que las nulidades de procedimiento son relativas y, por lo tanto, sólo pueden ser declaradas a petición de la parte afectada quien debe probar el perjuicio sufrido o las defensas que se vio impedido de oponer (principio de trascendencia de las nulidades) y quien a su vez puede convalidar el acto en forma expresa o tácita (principio de convalidación). La nulidad de la notificación trae como consecuencia la de todas las actuaciones posteriores que se funden en ella [24]

(24) Confr. Rodríguez Juárez "Actos jurídicos procesales", cit. 7, p. 215

3.3.5 Notificación por ministerio de la ley

Palacio [25] afirma que la notificación automática o por *ministerio legis* es la que se verifica determinados días prefijados por la ley, aun en el supuesto de que, por incomparecencia de la parte, éste no haya tomado un efectivo conocimiento de la resolución de que se trate. El fundamento de tal sistema, que constituye la regla en materia de notificaciones (salvo en el procedimiento penal), reside en la imposibilidad de conminar a las partes para que comparezcan a notificarse personalmente, y en la necesidad de evitar las dilaciones que trae aparejada la notificación por cédula

La notificación por *ministerio legis* constituye un supuesto de lo que se conoce como notificación tácita o notificación ficta, pues el acto de transmisión se reputa verificado por disposición de la ley, sin necesidad de un acto real de transmisión de conocimiento como sucede en los casos de notificación expresa.

El art. 153 C.P.C., dispone que "salvo los casos en que procede la notificación a domicilio, las resoluciones se considerarán notificadas, por ministerio de la ley, el primer martes o viernes posterior al día en que hubieren sido dictadas, o el siguiente hábil si alguno de aquellos fuere inhábil". Y agrega "... no se considerará cumplida la notificación si el expediente no se encontrare en secretaría y se hiciere constar esa circunstancia en el libro especial que se llevará al efecto, bajo la firma del letrado o de la parte y del secretario".

Disposiciones similares contienen los ordenamientos procesales en materia laboral y de familia (art. 20 ley 7987 y art. 32 ley 7676).

3.3.6. Notificación al Ministerio Público

Los integrantes del Ministerio Público (tanto Fiscal como Pupilar) serán notificados en sus despachos, debiendo acompañarse el respectivo expediente (art. 165 C.P.P.; art. 154 C.P.C.). A tal fin, el C.P.C. de Córdoba establece en el art. 154, que se "expedirá a quien lo presentare un control numérico en el que se hará constar la fecha de su recepción. En su caso, a solicitud de parte interesada y a los fines de los arts. 47 y 48, el Ministerio Público expedirá una constancia en la que se consignará, además de la fecha de presentación, la carátula de la causa y el objeto de la notificación, con la firma y su respectiva aclaración del empleado que lo reciba".

(25) Palacio, Lino Enrique, *Manual de derecho procesal civil* Abeledo-Perrot, Bs. As., 1968, p. 320

3.3.7. Citación especial

En el ámbito del procedimiento penal rige una norma específica en materia de comunicaciones que permite que las notificaciones que deban ser efectuadas a determinados sujetos, sean diligenciadas por intermedio de la Policía Judicial.

Es así que los imputados que estuvieren en libertad, testigos, peritos, intérpretes y depositarios, podrán ser citados por la Policía Judicial o por cualquier otro medio fehaciente. En todos los casos se les hará saber el objeto de la citación y el proceso en que éste se dispuso, y se les advertirá que si no obedecieren la orden -sin perjuicio de la responsabilidad penal que corresponda- serán conducidos por la fuerza pública e incurrirán en las costas que causaren, salvo que tuvieren un impedimento legítimo comunicado sin tardanza alguna al tribunal (art. 175 C.PP).

La notificación por intermedio de los oficiales de la Policía Judicial, no está prevista como uno de los medios fehacientes de comunicación en el ámbito del procedimiento civil y comercial.

4 Tiempo en que deben practicarse las notificaciones

Es una regla en todos los ordenamientos procesales que las providencias y resoluciones judiciales no obligan si no son notificadas con arreglo a la ley, de allí la importancia de esta actuación procedimental.

Lo que varía en los distintos cuerpos normativos adjetivos es desde cuándo y cómo deben ser notificadas las providencias y las resoluciones para que comiencen a producir efectos jurídicos.

Así, el Código Procesal Penal de la Provincia establece, como regla general que las resoluciones y requerimientos, cuando corresponda, se harán conocer en el término de 24 horas de dictadas, salvo que se dispusiere un plazo menor, y no obligarán sino a las personas debidamente notificadas (art. 163 C.P.P). Cabe aclarar que en virtud del sistema inquisitivo prevalente en este tipo de procedimiento, las notificaciones deben ser impulsadas, en principio, de oficio por el tribunal.

En el procedimiento laboral, cuya regla general también es la del impulso procesal de oficio (art. 15 ley 7987), expresamente se prevé que las notificaciones deben ser practicadas de oficio por el tribunal, dentro de las 48 horas de dictado el proveído o resolución que se quiera notificar. Ello no impide que las partes interesadas puedan instar su diligenciamiento.

Es por ello que las cédulas, telegramas y cartas documentos pueden ser suscriptas por los letrados patrocinantes o apoderados (art. 22 ley 7987). Lo mismo sucede en el ámbito del procedimiento del fuero de familia, que en general (salvo excepciones previstas en la ley) las notificaciones deben efectuarse de oficio por el tribunal.

En el procedimiento civil, prevalentemente dispositivo, son las partes las interesadas en hacer conocer las resoluciones o providencias que dicta el tribunal. Es por ello, que estos actos de comunicación nunca se realizarán en forma oficiosa sino a pedido de la parte interesada en que el acto de comunicación se realice. Así, el art. 45 C.PC expresa que los plazos judiciales correrán para cada interesado desde su notificación respectiva o desde la última que se practique, no contándose en ningún caso el día en que la diligencia tuviere lugar.

5. Nulidad de las notificaciones. Sanciones

Como se explicó precedentemente, cada una de las distintas formas de notificación está sujeta al cumplimiento de determinados recaudos. El incumplimiento de los requisitos que en cada caso se exigen, puede traer aparejada la nulidad de la notificación.

A tal fin, el art. 157 del código ritual en materia civil y comercial establece que "las notificaciones que se hicieren en contravención de las prescripciones anteriores, serán anuladas a solicitud de parte, como también las actuaciones ulteriores que no hubieren podido practicarse sin estar aquéllas en debida forma".

También el art. 169 dispone, entre otros supuestos que el emplazamiento o la citación podrán anularse "cuando resultare inexacta la designación del domicilio".

El Código Procesal Penal de Córdoba también contiene una disposición relativa a la nulidad de las notificaciones cuando hubieran sido efectuadas en forma incompleta, hubiera existido error sobre la identidad de la persona notificada o si faltara alguno de los requisitos previstos en la ley (art. 173 C.P.P).

Sin embargo, como se ha expresado, las nulidades procesales son siempre relativas, por tanto, convalidables. Se ha dispuesto que la nulidad de las notificaciones quedará subsanada si la persona se manifiesta sabedora de la providencia por un acto judicial y, la de actuaciones ulteriores, si no se hubiese interpuesto el recurso de reposición dentro

del plazo legal contado desde el acto referido (art. 158 C.P.C.). Lo dispuesto, se aplicará también al caso en que no se hubiere hecho notificación en ninguna forma (art. 159 C.P.C.).

Por su parte, los ordenamientos procesales establecen sanciones a quienes notifiquen o hagan notificar ilegalmente una providencia o resolución. En tales casos, generalmente se establece una multa a favor de la parte perjudicada, cuya cuantía graduará el tribunal, sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal que pudiere corresponderles o de cualquier otra medida que se adopte en su contra por vía de superintendencia (art. 160 C.P.C.).

CAPITULO XVI

El tiempo en el proceso. Plazos procesales

por Patricia V. Asrin

Sumario: 1. El tiempo en el proceso y plazos procesales Concepto. 2. Días y horas hábiles 3 Suspensión de los plazos procesales 4 Clasificación de los plazos procesales 4 1. Por su origen· plazos legales, judiciales o convencionales. 4 2 Por su oportunidad. plazos iniciales o finales. 4 3 Por el cómputo: plazos individuales o comunes 4 4 Por las personas a quienes afectan: plazos del tribunal o de las partes. 4.5. Por sus efectos plazos meramente ordenatorios, prorrogables o improrrogables.

1. El tiempo en el proceso y plazos procesales. Concepto

El tiempo tiene particular importancia para la realización del derecho. El proceso como actividad dinámica se desarrolla en un espacio de tiempo y en ese lapso deben cumplirse los diversos actos procesales que constituyen todo ese proceso desde el principio hasta el fin [1].

(1) Confr Véscovi Enrique *Teoría general del proceso* Temis. Bogotá, Colombia 1984 p 283

Desde el punto de vista genérico, Palacio define al tiempo en el proceso como aquellos lapsos dentro de los cuales puede ser eficazmente realizado cualquier tipo de actos procesales

Desde el punto de vista específico, el tiempo aparece como el conjunto de lapsos destinados al cumplimiento de cada acto procesal en particular. Tales lapsos se denominan plazos y su institución obedece a obvias razones de seguridad y certeza, pues de no existir, las partes carecerían de toda certidumbre acerca de las exactas oportunidades en que les corresponden hacer valer las alegaciones y pruebas que sustenten sus respectivas pretensiones [2].

Cabe señalar que la dinámica del proceso está de alguna manera condicionada por el sistema procesal que se elija para la realización jurisdiccional del derecho. Así, en los procedimientos de corte dispositivo (como nuestro ordenamiento procesal civil) el desarrollo del trámite, y en su caso el tiempo que insume, depende de un conjunto de factores (complejidad del pleito, tipo de juicio, etcétera) pero muy especialmente del impulso de las partes.

Recuérdese que en el trámite procesal civil -tal como está diseñado en el Código Procesal Civil y Comercial de Córdoba (ley 8465)- el juez no tiene poderes para activar el trámite. Por eso es frecuente que se susciten demoras en la tramitación del juicio por mala administración del tiempo procesal. Ello trae como consecuencia lo que comúnmente se denominan "tiempos muertos del proceso", que se configuran por momentos de no actividad o inactivad que se generan por falta de impulso o por vigencia de plazas de espera procesales.

En los sistemas de corte más inquisitivo, el "impulso procesal" no lo tienen las partes sino el Tribunal. En estos casos es más probable que la tramitación se realice tempestivamente y el proceso concluya en tiempo oportuno. Es decir, pareciera que resulta más fácil acercar los plazos ideales de los ordenamientos procesales a los reales. Sin embargo, no debe [illegible] que el impulso oficioso supone un tribunal diligente con despacho [illegible] sobrecarga de trabajo como condicionante ideal para la [illegible] del tiempo en el proceso. Piénsese además que en los

(2) Palacio, Derecho..., t. IV ob. cit. p 56.

procedimientos que adoptan este tipo de sistema rige plenamente la regla de la "concentración" a través de la cual se procura reunir la mayor cantidad de actividad procesal en una o dos audiencias, lo que contribuye en gran medida a la celeridad del proceso Cabe señalar por último que en general estos sistemas establecen plazos breves y perentorios fatales como un modo de no dilatar innecesariamente el procedimiento

La doctrina distingue entre la expresión "*plazo procesal*" y la voz "*término*".

Se llaman plazos en el proceso a los lapsos preestablecidos para la realización de los actos procesales, individualmente o en conjunto, o para el cumplimiento de una actividad integrante de un momento procesal o aun de todo el proceso.

Por su parte la expresión "*término*" queda limitada al momento fijo del cumplimiento de la actividad (audiencia), o al momento final del plazo [3].

El plazo es, entonces el espacio de tiempo, el término, el extremo o fin de dicho plazo. Sin embargo, esta distinción no es clara en nuestros códigos u ordenamientos procesales, los cuales, siguiendo a la legislación española, hablan indistintamente de plazo y término para significar siempre un período.

El art. 45 de nuestro Código Procesal Civil y Comercial local, nos indica la forma de computar el inicio del plazo que es a partir de su notificación (o a última si son comunes) no contándose el día en que se practicó la diligencia de notificación.

Por su parte, el art. 180 del Código Procesal Penal sienta como regla general que los actos procesales se practicarán en los términos establecidos. Estos correrán para cada interesado desde su notificación o, si fueren comunes desde la última que se practicare y se contarán en la forma prevista por el Código Civil.

2. Días y horas hábiles

La aptitud genérica del tiempo se vincula con la determinación de los días y horas dentro de los cuales admisible la ejecución o cumplimiento de cada acto procesal en particular.

(3) Clariá Olmedo, ob. cit , p 98

Los actos judiciales deben realizarse en condiciones adecuadas no sólo de lugar, sino también de tiempo, para lo cual la ley establece que hay días y horas hábiles, de lo que resulta que los restantes son inhábiles.

Son hábiles los aptos para realizar válidamente los actos procesales, por consiguiente, los que se efectúen fuera de ellos (esto es, en días y horas inhábiles), serán inválidos [4].

Ya se enunció que, según nuestros ordenamientos procesales, son hábiles todos los días del año, con excepción de los sábados, domingos y feriados, o los declarados inhábiles por leyes, decretos y resoluciones del Tribunal Superior de Justicia (art. 43 C.P.C., art. 19 ley 7987) y que se entiende por horas hábiles las comprendidas entre las siete y las veinte (art. 43 C.P.C.).

Asimismo, se ha afirmado que los jueces pueden habilitar los días y horas inhábiles, sin recurso alguno, cuando hubiera riesgo de quedar ilusoria una providencia judicial o de frustrarse, por la demora, alguna diligencia importante para acreditar o asegurar el derecho de los litigantes o cuando el asunto fuere urgente (art. 44 C.P.C.; art. 130 C.P.P., art. 29, ley 7676; art. 17 ley 7987). Como se advierte, la habilitación puede ser declarada por el órgano judicial interviniente en el proceso cuando se tratase de diligencias urgentes cuya demora pudiera tornarlas ineficaces u originar perjuicios evidentes a las partes. Tal apreciación queda librada al criterio del juez, contra cuya resolución, en el supuesto que disponga declarar la habilitación, no se admite recurso alguno.

Los plazos procesales se establecen en general por horas, días, meses u años. Excepcionalmente, se tienen en cuenta las fracciones de horas o minutos. Un ejemplo es el de la tolerancia para el comienzo de las audiencias, generalmente de quince minutos.

Sin embargo, la nueva legislación adjetiva civil y comercial de nuestra provincia (ley 8465), no tiene previsto el cómputo de los plazos por horas, como sí lo contemplaba el anterior código de procedimientos, hoy derogado. Esta omisión puede acarrear algún tipo de inconvenientes cuando se trata de computar, v.gr. el plazo para apelar en un amparo, o en algún otro proceso, que como el concursal, aplica supletoriamente el Código Procesal Civil y que sí tienen contemplado el cómputo de los plazos por horas [5].

(4) Véscovi, ob. cit., p. 285

(5) Confr. Rodríguez Juárez, Manuel E., "Actos jurídicos procesales" en Zinny, Jorge H. (director) y otros. *Derecho procesal civil. Teoría del proceso*, Atenea, Cba., 1997, p. 229

Los plazos computados por horas existen con frecuencia en el procedimiento penal. Donde más funcionan es en lo que atañe a la libertad del imputado (arts. 14, 226, 278, 306, 333, C.P.P.) [6].

Los plazos fijados en días son los que mayormente se tienen en cuenta en el procedimiento jurisdiccional (v.rg. arts. 105, 121, 163, 336, 345, 359, 366, 493, 508, 526, etc., C.P.C.).

En el procedimiento civil, laboral, de familia, administrativo, etcétera, estos plazos se computan por días hábiles. El art. 46 C.P.C. determina que en los plazos señalados en días, se computarán solamente los días hábiles y los fijados por meses o años se contarán sin excepción de día alguno.

Una característica especial de los plazos en el procedimiento penal es que éstos no se cuentan por días hábiles sino por días corridos (continuos) y en ellos se computan los días feriados, salvo el receso de los tribunales que disponga la ley, o en caso de fuerza mayor el Tribunal Superior de Justicia (la regla está sentada en el art. 181 C.P.P.)

Los plazos fijados en meses, también van disminuyendo en los códigos modernos [7], pero aún subsiste, en nuestro ordenamiento procesal civil, para la perención de instancia (arts. 339 incs. 1 y 4, y 340 C.P.C.) y para la suspensión y abreviación convencional de los plazos por las partes, que no podrá ser mayor de seis meses (art. 51 C.P.C.). En el procedimiento penal, son ejemplos de estos plazos fijados en meses los previstos en los arts. 18, 213, 337, 346, 430, etc., C.P.P..

Los plazos señalados por años, son cada vez menos frecuentes en los códigos modernos. Un ejemplo podemos encontrarlo en el art. 339 C.P.C., que establece el plazo de un año en que debe encontrarse paralizado un expediente a los fines de poder pedir la perención de la primera instancia o bien el art. 397 C.P.C., que establece que en ningún caso se admitirá el recurso de revisión pasados cinco años desde la fecha de la sentencia definitiva. Ejemplos de plazos por horas previstos en el procedimiento penal son los establecidos en los art. 1°, 283 inc. 4, 421 y 545, todos del C.P.P.

El Código Civil establece como modo de contar los intervalos del derecho, que los días, meses y años se contarán para todos los efectos legales por el calendario gregoriano (art. 23).

(6) Confr. Vivas Ussher Gustavo, *Manual de derecho penal* I, Alveroni, Cba., 1999, p. 442

(7) Confr. Clariá Olmedo, ob. cit., p. 99

Los plazos de mes o meses, de año o años, terminarán el día que los respectivos meses tengan el mismo número de días de su fecha. Así, un plazo que principie el 15 de un mes, terminará el 15 del mes correspondiente, cualquiera sea el número de días que tengan los meses o el año (art. 25 C.C.)

Cabe recordar que si el plazo vence después de las horas de oficina, se considerará prorrogado hasta el fenecimiento de las dos primeras horas de oficina del día hábil siguiente, esto se conoce con el nombre de prórroga legal o plazo de gracia, previsto en casi todos los ordenamientos procesales (v.gr. art. 53 C.PC · 124 C.P.C.N.; 181 *in fine* C.PP.; 19 *in fine*, ley 7987).

3. Suspensión de los plazos procesales

El código ritual en materia civil y comercial de Córdoba establece que los plazos procesales podrán suspenderse para la parte a quien, por fuerza mayor o caso fortuito, se le produzca un impedimento que lo coloque en la imposibilidad de actuar por sí o por apoderado, desde la configuración del impedimento y hasta su cese. El pedido de suspensión que se tramitará como incidente (trámite de juicio abreviado) deberá ser formulado dentro de los cinco días del cese del impedimento (art. 46 segundo párrafo C.PC.)

También establece que el tribunal podrá declarar la suspensión de oficio, cuando el impedimento fuera notorio, debiendo, en todos los casos, indicar el momento en que el plazo se reanudará, lo que se producirá automáticamente (art. 46 *in fine* C.P.C.).

Asimismo, las partes, de común acuerdo formulado por escrito, podrán suspender los plazos por un lapso no mayor de seis meses. El acuerdo puede ser reiterado con la conformidad del mandante, en su caso. Del igual modo, las partes pueden acordar la abreviación de los plazos (art. 51 C.PC.) [8].

(8) Por su parte, el art. 157 C.PC.N. establece en relación a la suspensión y abreviación convencional que "Los apoderados no podrán acordar una suspensión mayor de veinte días sin acreditar ante el juez o tribunal la conformidad de sus mandantes. Las partes podrán acordar la abreviación de un plazo mediante una manifestación expresa por escrito. Los jueces y tribunales deberán declarar la interrupción o suspensión de los plazos cuando circunstancias de fuerza mayor o causas graves hicieren imposible la realización del acto pendiente".

La suspensión de un plazo implica que una vez que desaparece la causal, aquél sigue corriendo desde donde había quedado suspendido, a diferencia de lo que ocurre con la interrupción que importa volver a comenzar íntegramente dicho plazo [9].

4. Clasificación de los plazos procesales

4.1. Por su origen: plazos legales, judiciales o convencionales

Los primeros son aquellos cuya duración se halla expresamente establecido por la ley. Constituyen la gran mayoría de los que rigen en el proceso judicial. Tales, por ejemplo, el plazo de diez días para contestar la demanda en un juicio ordinario (art. 193 C.P.C.), o el plazo de cinco días para interponer un recurso de apelación (art. 366 C.P.C.), el plazo para recibir la declaración del imputado (art. 306 C.PP.) etcétera.

Son *judiciales* aquellos que la ley permite que sean fijados por el tribunal o por el juez. En estos casos, la determinación del momento de realización del acto procesal queda a la entera discrecionalidad del tribunal u órgano jurisdiccional que está entendiendo en la causa. Por ejemplo, el plazo de comparendo cuando la persona no se encuentre en el lugar del juicio. En este caso, el tribunal lo fijará atendiendo a la distancia y a la mayor o menor facilidad de las comunicaciones (art. 163, segunda parte, C.P.C.). Los plazos judiciales pueden estar combinados con un tope legal, en donde la discrecionalidad del tribunal sólo puede desplegarse en el marco que fija la ley [10]. Ello sucede, por ejemplo, en el caso de la fijación de la audiencia de debate (art. 367 C.PP.) que establece que el presidente del tribunal fijará el día y hora de esa audiencia con un intervalo no menor de diez días ni mayor de sesenta luego de vencido el término de citación a juicio y cumplida la investigación suplementaria o tramitadas las excepciones.

Son *convencionales* aquellos que, por delegación legal se le acuerda a las partes la facultad de fijarlos de común acuerdo. Rige al respecto la

(9) Confr. Rodríguez Juárez, ob. cit., p. 231

(10) Confr. Vivas Ussher, ob. cit., p. 435

autonomía de la voluntad de las partes que intervienen en el proceso judicial. Por ejemplo la abreviación o suspensión convencional prevista en el art. 51 C.P.C.

4.2. Por su oportunidad: plazos iniciales o finales

Los iniciales fijan el momento en que comienza o debe comenzar el acto procesal. Son menos numerosos que los plazos finales. El supuesto más común de este tipo de plazos es el de las audiencias, que no pueden fijarse sino hasta después de un determinado número de días que el Código establece, o sólo pueden fijarse después de realizada determinada actividad procesal, v.gr. el art. 59 C.P.C., que establece que "las audiencias ordenadas por la ley serán decretadas con designación precisa de día y hora e intervalo no menor de tres días..." o el previsto en el art. 367 C.P.P.

Son finales aquellos que fijan el término o momento final. Por ejemplo el art. 209 C.P.C., que expresa "los oficios y exhortos relativos a las diligencias de prueba serán librados, a más tardar, dentro del tercer día de que quede firme el decreto que los ordena".

4.3. Por el cómputo: plazos individuales o comunes.

Son *individuales* los plazos que se conceden independientemente a cada una de las partes para la ejecución de uno o más actos procesales, aun en el caso de que, como ocurre en el litis consorcio, actúe más de una persona en la misma posición de parte [11]. Tienen su fundamento en la separabilidad de los intereses procesales y consiguiente autonomía de las partes que actúan en el proceso judicial, aunque se ubiquen en el mismo polo de la relación jurídica procesal. Como regla general, corren desde su notificación no contándose el día en que la diligencia ha tenido lugar (art. 45 C.P.C.). Tales son, por ejemplo, los plazos para contestar la demanda (art. 493 C.P.C.), para oponer excepciones (art. 183 C.P.C.), para interponer recursos (arts. 359, 366 C.P.C.), para expresar agravios (art. 371 C.P.C.), para alegar (art. 505 C.P.C.), para evacuar la vista corrida al fiscal de instrucción (art. 347 C.P.P.), etcétera.

(11) Palacio, *Manual de derecho procesal civil* ob. cit., p. 305.

Son comunes, en cambio, aquellos plazos que se acuerdan en forma conjunta a todas los litigantes, a fin de que realicen uno o más actos procesales de la misma índole. Para que los referidos plazos se computen en forma simultánea para todas las partes que intervienen en el proceso se requiere un vencimiento uniforme, estableciéndose que comenzarán a correr a partir de la última notificación que se efectúe a los litigantes. Así v.gr. el art. 211 del ordenamiento procesal civil y comercial local establece que el plazo de prueba, será siempre común para ambas partes litigantes. Ejemplo de plazo común en el Código Procesal Penal es el de la citación a juicio del art. 361 C.P.P.. Los plazos comunes corren desde la última notificación que se practicare, no contándose en ningún caso el día en que la diligencia tuviere lugar (art. 45 C.P.C.).

4.4. Por las personas a quienes afectan: plazos del tribunal o de las partes

Los plazos normalmente se refieren a las partes, tales como el plazo para comparecer, contestar la demanda, oponer excepciones, ofrecer pruebas, expresar agravios, etc. pero pueden referirse igualmente a alguna actividad que debe realizar el juez, el tribunal o sus auxiliares. Así por ejemplo, el plazo para dictar resoluciones judiciales (art. 121 C.P.C.), el plazo para elevar los autos al superior una vez concedido el recurso de apelación (art. 369 C.P.C.), etcétera.

4.5. Por sus efectos: plazos meramente ordenatorios, prorrogables o improrrogables

Son *ordenatorios* aquellos plazos que están fijados por la ley procesal a los fines de que los actos procesales se cumplan con un orden, pero su incumplimiento no acarrea ninguna consecuencia gravosa. Son meramente ordenatorios, por ejemplo, los plazos para el dictado de las providencias simples o decretos (art. 121, inc. 1, C.P.C.)

Son *prorrogables* aquellos que tienen la posibilidad de extenderse a un número mayor de días que los señalados por la ley o por el juez para el cumplimiento de determinada actividad procesal. En efecto, un plazo es prorrogable "*cuando cabe prolongarlo a raíz de una petición unilateral en ese sentido formulada con anterioridad a su vencimiento*" [12], v.gr. arts. 124 y 498 C.P.C.

Son *improrrogables* aquellos que no tienen la posibilidad de extenderse más allá de lo señalado por la ley o por el juez. Se debe distinguir, dentro de este grupo entre los *plazos no fatales* y los *plazos fatales o perentorios*.

Son *plazos no fatales* aquellos que requieren un acto de la parte contraria para producir la caducidad del acto procesal. Nuestro ordenamiento procesal civil y comercial establece como regla, que los plazos procesales son improrrogables, pero las partes podrán cumplir el acto motivo de la diligencia, no obstante estar vencidos, mientras no se les haya acusado la rebeldía, salvo que fueren fatales (art. 47 C.P.C.).

Respecto de estos plazos improrrogables *no fatales*, cabe agregar que, conforme lo establece el código ritual local, transcurridos los plazos judiciales y siendo acusada la rebeldía, se declarará perdido el derecho que hubiere dejado de usar la parte incursa en aquélla, sin más trámite que el informe del actuario y se proseguirá el juicio según su estado (art. 48 C.P.C.).

Por su parte, son *plazos fatales o perentorios* aquellos que vencidos producen la caducidad del derecho sin necesidad de actividad alguna del juez ni de la parte contraria. La extinción del derecho se produce por la sola naturaleza del término, es decir, que se realiza por el ministerio de la ley (arts. 47 y 49 C.P.C.).

Los plazos fatales fenecen por el mero transcurso del tiempo, sin necesidad de declaración judicial ni de petición de parte, y con ellos los derechos que se hubieren podido utilizar (art. 50 C.P.C.).

Se pueden mencionar como plazos fatales, entre otros, los plazos para oponer excepciones dilatorias en forma de artículo previo, los plazos para interponer recursos, para ofrecer y diligenciar prueba, para pedir aclaración o que se suplan las deficiencias en las resoluciones judiciales, y cualquier otro respecto de los cuales haya prevención expresa y terminante de que una vez pasados no se admitirá en juicio la acción, excepción, recurso o derecho para el que estuvieren concedidos (art. 49 C.P.C.).

(12) Palacio, *Manual de derecho procesal civil*, ob. cit., p. 304.

Si el imputado estuviera privado de su libertad, son fatales los plazos del art. 337 (investigación fiscal preparatoria), del art. 246 (investigación jurisdiccional preparatoria) y del art. 361 (integración del tribunal y citación a juicio).

El Código Procesal Penal local establece que el vencimiento de un término fatal sin que se haya cumplido el acto importará automáticamente el cese de intervención en la causa del juez, tribunal o representante del Ministerio Público al que dicho plazo le hubiera sido acordado (art. 183 C.P.P.). La ley de procedimiento laboral contiene una disposición similar en el art. 18, ley 7987.

El fundamento de la existencia de los plazos fatales tiene raigambre constitucional. En nuestra provincia, el art. 39 de la Constitución expresamente establece que "todo proceso debe concluir en un término razonable", lo que implica que las causas no deben demorarse injustificadamente -menos aún por negligencia de las partes- y evitar por todos los medios la morosidad en el proceso jurisdiccional.

CAPITULO XVII

Sanciones procesales

por Patricia V. Asrin

Sumario: 1 Sanciones procesales Concepto. 2. Clasificación de las sanciones procesales. 3. Inadmisibilidad. Concepto Efectos 4 Nulidad. Concepto. 4.1. Principios que rigen las nulidades. 4 1.1 Principio de especificidad (legalidad). 4 1.2. Principio de convalidación 4 1 3. Principio de trascendencia. 4 1 4. Principio de protección 4.1 5. Principio de conservación. 4.2. Formas de plantear la nulidad 4 2 1 Incidente de nulidad 4 2 2. Recurso de nulidad 4.2 3 Excepción. 4 2 4 Acción de nulidad 4 3 Efectos de las nulidades

1. Sanciones procesales. Concepto

Se ha caracterizado al acto procesal como "*toda declaración de voluntad o de ciencia emanada de cualquiera de los sujetos procesales o de otros intervinientes y directamente dirigida a producir el inicio, el desenvolvimiento, la paralizacion o la terminación del proceso conforme los preceptos de la ley ritual*" [1]

Además, se ha expresado que el proceso judicial es una serie gradual, progresiva y concatenada de estos actos jurídicos procesales Es por ello que los actos que componen esta serie deben ser realizados en forma regular y legal.

(1) Clariá Olmedo, ob. cit., p. 85

Regular significa sin vicios que puedan invalidarlos y legal, implica que estos actos sean realizados conforme a las previsiones establecidas en la ley procesal.

La actividad procesal cumplida sin observar las normas que la regulan puede perjudicar la función de tutela de los intereses comprometidos, ello conduce a prevenir la inobservancia, y en su caso, evitar los vicios o defectos irregulares o a eliminarlos si ya se hubieren producido [2].

Cuando un acto procesal no se adecua a las prescripciones legales, se está frente a un acto irregular o viciado.

En el ámbito procesal, vicio es la discordancia del acto con la norma que lo regula.

El vicio que recae sobre un acto procesal puede ser objetivo o subjetivo. Es objetivo cuando la irregularidad se encuentra en el acto mismo, ya sea en su estructura o en el modo de cumplirlo. Es subjetivo, cuando quien cumple el acto carece de facultades para hacerlo.

Frente a un acto procesal cumplido irregularmente surgen las "sanciones procesales" que están destinadas, justamente, a evitar que la actividad procesal se realice en forma irregular o viciada [4].

Sin embargo, no todo defecto produce la ineficacia del acto procesal, pues para que ella opere, esa irregularidad debe manifestarse como *"perjudicial en la vida del proceso, afectando el ejercicio de la defensa, un presupuesto procesal o el equilibrio entre las partes resultante del principio de igualdad y contradictorio"* [illegible]

La ineficacia del acto se alcanza mediante una declaración jurisdiccional que entraña la aplicación de la sanción procesal que corresponda.

Las sanciones procesales han sido caracterizadas por Clariá Olmedo como [illegible] *"conminaciones de invalidez o ineficacia de una determinada actividad irregular"* [6]. En [illegible] preventivo, propenden al orden del proceso; en el represivo, [illegible] eliminan los efectos de la actividad irregular, encaminando al [illegible] por la vía válida, conforme a la ley.

[illegible] ob. cit., p. 110

[illegible] "Sanciones procesales", número extraordinario de la Revista [illegible] ho de la Universidad de San Miguel de Tucumán, 1990

[illegible]

[illegible] Clariá Olmedo, ob. cit., p. 110.

(6) Clariá Olmedo, ob. cit., p. 110

Su objeto es, justamente, resguardar la regularidad del trámite procesal. Constituyen un medio para eliminar los defectos a producir o producidos en el proceso por la inobservancia de los actos con las formas legales preestablecidas.

La sanción aplicada impedirá que el acto viciado produzca efectos y si ya los ha producido, su fin será eliminarlos en su totalidad sin perjuicio de que, como consecuencia de ello, también se invaliden algunos actos anteriores o concomitantes con el acto irregular.

2. Clasificación de las sanciones procesales

La doctrina distingue como sanciones procesales a la inadmisibilidad y a la nulidad [illegible]

Ambos tipos de sanciones tienen como objetivo reaccionar ante el [illegible] de un acto procesal. Sin embargo, funcionan de manera [illegible] mientras la inadmisibilidad impide que un acto procesal [illegible] efectos en el proceso o, dicho en otras palabras, que un acto [illegible] viciado ingrese al proceso y produzca efectos, la nulidad es el [illegible] judicial tendiente a extirpar los efectos producidos por un acto procesal viciado. Para ello, es necesario que los efectos del acto irregular ya se hubiesen producido dentro del proceso judicial.

Son sanciones de carácter enteramente objetivas, por cuanto atacan al acto, y sus efectos, con independencia o exclusión del sujeto que los haya producido, sin perjuicio de la posibilidad de que sean sancionados disciplinariamente [8].

Si bien algunos autores incluyen como sanciones procesales a la caducidad y la preclusión, Clariá Olmedo, en criterio que se comparte, las excluye, porque no se refieren a los actos procesales (en su significación objetiva) sino a los poderes de los sujetos. En efecto, la preclusión, lejos de ser una sanción procesal, es una regla ordenadora del proceso que impide legalmente cumplir un acto por ser incompatible con una situación anterior generada por el mismo sujeto que pretende realizarlo.

(7) Clariá Olmedo, ob. cit., p. 113

(8) Conf. Clariá Olmedo, ob. cit., p. 113

Por su parte, la caducidad tampoco puede ser caracterizada como una sanción procesal sino que se traduce en la pérdida de un poder, por no haberlo ejercido oportunamente, vinculado con un término perentorio.

3. Inadmisibilidad. Concepto. Efectos

La inadmisibilidad es la sanción procesal por la que se imposibilita el ingreso al proceso de un acto procesal por no haberse observado las formas o requisitos exigidos por la ley.

En su más precisa significación y siguiendo a Clariá Olmedo, puede ser definida como "*la sanción de naturaleza procesal mediante cuya aplicación se impide el trámite que produzcan efecto en el proceso los actos de parte (o de algunos terceros en actos no requeridos por el tribunal), por habérselos realizado sin observar determinados requisitos de forma o careciendo de la facultad para actuar válidamente*" [9].

La inadmisibilidad como sanción, generalmente no está prevista en los ordenamientos procesales en forma expresa sino implícita. En efecto, no se advierte sistemática alguna en la regulación legal de esta sanción en la mayoría de los ordenamientos procesales, pero aparece latente en las normas en la que se utilizan expresiones tales como "inadmisión", "rechazo *in limine*", "denegación", "inadmisibles" y otros términos equivalentes.

El tribunal aplica este remedio procesal "de oficio", esto es, sin necesidad de petición de parte interesada. Para que sea procedente, el vicio o la irregularidad del acto debe surgir en forma manifiesta u ostensible.

Además, la sanción debe ser aplicada antes de que el acto produzca efectos en el proceso, se trata de un rechazo *in limine*, que sólo tiene en cuenta los aspectos formales del acto viciado para evitar que ingrese al proceso, sin que se requiera analizar el contenido sustancial del acto. Como se advierte, funciona de manera preventiva.

Aplicada la sanción de inadmisibilidad, el acto afectado no se incorpora válidamente al proceso puesto que no produce efectos en él [10].

(9) Clariá Olmedo, ob. cit., p. 118
(10) Clariá Olmedo, ob. cit., p. 119

Se pueden mencionar como ejemplos de este remedio legal, la inadmisión de una demanda defectuosa, cuando no cumple con los recaudos previstos por la ley procesal (art. 176 C.P.C.) o la inadmisibilidad de un recurso cuando hubiera sido interpuesto fuera del plazo, sin las formalidades correspondientes, por quien no tenga derecho, etcétera (arts. 355 C.P.C.; 455 C.P.P.).

4. Nulidad. Concepto

Si un acto irregular o viciado ha ingresado al proceso, la inadmisibilidad ya no es posible, pues como se ha dicho, este remedio tiene por objeto justamente impedir el ingreso de un acto viciado, es por ello que para hacer cesar los efectos de un acto procesal viciado y admitido por el tribunal, lo necesario será producir su invalidación mediante la declaración de nulidad.

La nulidad es la sanción procesal por la que se priva a un acto procesal de sus efectos cuando en su realización no se han guardado las formas prescriptas por la ley.

Palacio la define como "*la privación de efectos imputada a los actos del proceso que adolecen de algún vicio en sus elementos esenciales y que, por ello, carecen de aptitud para cumplir el fin a que se hallen destinados*" [11].

La nulidad como sanción significa hacer desaparecer los efectos producidos por el acto viciado pero además, tiene por objeto impedir que siga produciéndolos, lo que trae como consecuencia la anulación no sólo de ese acto, sino de todos aquellos que son consecuencia directa del declarado nulo.

Se pueden mencionar como actos procesales susceptibles de nulidad, por ejemplo, los verificados ante un órgano judicial incompetente; el auto que admite la producción de pruebas ofrecidas después de vencido el período probatorio, las notificaciones efectuadas a un domicilio que no es el real del demandado, etcétera.

Con posición coincidente a la de Palacio [12] se estima que si bien en [illegible] la trascendencia que revisten las formas dentro del proceso, el

(11) **Palacio, Lino Enrique**, *Manual de derecho procesal civil*, ob. cit., p. 329
(12) **Palacio, Lino Enrique**, *Manual de derecho procesal civil*, ob. cit., p. 329.

concepto de nulidad se vincula generalmente al quebrantamiento de los requisitos formales del acto, no existen razones válidas que autoricen a excluir del concepto de nulidad aquellos vicios que afecten a los requisitos propios de los restantes elementos del acto procesal o alguno de sus presupuestos, como la falta de competencia del tribunal o de capacidad de las partes, vicios del consentimiento cuando ellos fueren invocables, ilicitud del acto, etcétera

La tendencia moderna en materia procesal reconoce que el simple apartamiento de las formas no genera por sí solo la nulidad del acto procesal si en definitiva se cumple con el objetivo de dicho acto, o con su finalidad, ello así puesto que el formalismo en el proceso tiene -en estos tiempos- un sentido trascendente y no meramente vacío.

Es casi unánimemente aceptado [13] por otra parte, que todas las nulidades procesales son relativas, pues son susceptibles de convalidarse por el consentimiento expreso o presunto de las partes a quienes perjudica. Para los sostenedores de esta postura no existen en el proceso nulidades absolutas y no altera esta conclusión el hecho de que muchos ordenamientos procesales autoricen a declarar la nulidad aun de oficio (art. 77 C.P.C.; art. 172 C.P.C.N.; art. 125 C.P.C. de Santa Fe, etcétera).

Es necesario distinguir además entre actos procesales "nulos" de los denominados actos procesales "inexistentes", que suelen caracterizarse "*como aquellos actos que se hallan desprovistos de los requisitos mínimos indispensables para su configuración jurídica, como serían, en el ámbito procesal, la sentencia dictada por un funcionario ajeno a la magistratura o pronunciada oralmente, o carente de la parte dispositiva, o provista de un dispositivo imposible o absurdo, etcétera*" [14].

[illegible] sentido confr. Palacio, Lino Enrique, *Manual de derecho procesal civil*, ob. cit., p [illegible] Clariá Olmedo, Jorge A., ob. cit., p. 127, quien a este respecto entiende que "*Se* [illegible] *frecuencia en materia procesal civil que todas las nulidades son relativas (Alsina,* [illegible] *en el proceso civil no se puede hablar de nulidades absolutas. Esto no parece* [illegible] *cuenta el alcance que en el derecho procesal debe tener el calificativo de* [illegible] *que no es lo mismo ni equivale al concepto que de esa categoría se tiene* [illegible] *endo esta diferencia se comprenderá cuándo se pude hablar de nulidad* [illegible] *en el proceso penal que en el civil, por cuanto en este último están en gran* [illegible] *la del principio dispositivo.*"

(14) Palacio, Lino Enrique, *Manual de derecho procesal civil*, ob. cit., p. 330

(15) Clariá Olmedo, ob. cit., p. 123

Frente a esta categoría de actos y el tema en debate, la doctrina [illegible] ha sido pacífica. Clariá Olmedo [15] por una parte, sostiene que la sanción de nulidad debe obrar también como medio práctico para extirpar los actos procesales calificados como "inexistentes". Por el contrario [illegible] Palacio [16] la inexistencia, a diferencia de la nulidad, no apunta a la va[illegible] del acto sino a su vigencia, o sea a su efectivo acatamiento. Así, mientras la sentencia afectada de nulidad es susceptible de convalidarse a [illegible] lugar la renuncia de las impugnaciones que caben contra ella, la sent[illegible] inexistente, por ser un "no acto" carece de toda posibilidad de pasar [illegible] autoridad de cosa juzgada y, si fuere necesario, puede ser objeto [illegible] impugnación sin límite temporal alguno, incluso mediante el ejercicio [illegible] una simple pretensión declarativa de la inexistencia.

Por último, cabe señalar que la mayor parte de los criterios de [illegible] llamada teoría de las nulidades del derecho civil son aplicables a [illegible] rama del derecho (procesal), la que, no obstante, tiene algunos princip[illegible] propios que se deben mencionar y que se derivan de su función [illegible] estructura específicas.

4.1. *Principios que rigen las nulidades* [17]

Los actos procesales nulos presentan ciertos presupuestos [illegible] caracteres que los distinguen. Siguiendo la opinión de Berizonce, [illegible] presupuestos de la nulidad procesal se enuncian a través de [illegible] principios, que constituyen condiciones de admisibilidad y procedencia. Ellos son: el principio de especificidad, el de convalidación, el [illegible] trascendencia, el de protección y el de conservación [18].

4.1.1. *Principio de especificidad (legalidad)*

Este principio está referido a que los jueces no pueden declarar otras nulidades que las pronunciadas expresamente por la ley, con lo que [illegible]

(16) Palacio, Lino Enrique, *Manual de derecho procesal civil* ob. cit., p. 330.

(17) En este punto se ha seguido la opinión de Berizonce Roberto Omar, *La nulidad en el proceso*, Platense, La Plata, 1967, p. 71 y ss.

(18) Para Palacio tres son los presupuestos a que se halla condicionada la declaración de nulidad: 1) Existencia de un vicio en alguno de los elementos del acto procesal. 2) Demostración de interés jurídico en la invalidación del acto, y de que la nulidad no es imputable a

estrictamente las potestades judiciales y se sienta el principio de que no hay nulidad sin perjuicio. Puede enunciarse este principio, también denominado de legalidad, diciendo que no hay nulidad sin texto legal expreso.

Este principio ha sido proclamado unánimemente por la doctrina y la jurisprudencia y receptado normativamente en los ordenamientos procesales vigentes.

El C.P.C. de Córdoba (art. 76) textualmente reza: "Procederá la nulidad de los actos procesales cuando la ley prevea expresamente esa sanción...". Por su parte, el art. 184 C.P.P., expresa que "sólo serán nulos los actos procesales cuando no se hubieran observado las disposiciones expresamente prescriptas, bajo pena de nulidad" [19].

Este es el punto de partida en materia de nulidades: no hay nulidad sin la ley que la declare. Sin embargo, existen importantes atenuaciones a este principio. Se admite que no obstante no encontrarse en la ley sancionada expresamente, cabe declarar la nulidad de un acto cuando se ha violado una formalidad esencial, cuya apreciación queda librada a los jueces (es lo que se conoce como nulidades implícitas o virtuales).

En efecto, la doctrina moderna, no sin discrepancias, ha creado la categoría de las llamadas nulidades implícitas o virtuales, que contradice el principio señalado precedentemente, puesto que admite que al menos en ciertos casos, existen nulidades que no están previstas en la ley expresamente, pero que resultan de principios contenidos en el [illegible] (aunque no explicitados). Así sucede cuando "se violan las garantías fundamentales del proceso" o "el derecho de defensa y de la [illegible] contradicción o audiencia bilateral", lo que también se ha [illegible] caso de indefensión.

[illegible] ón; 3) Falta de convalidación del acto viciado. Conf. *Manual de derecho* [illegible] p. 330.

[illegible] ra, la ley de procedimiento laboral de Córdoba (7987) en su art. 32 [illegible] ales serán nulos cuando no se hayan observado las disposiciones [illegible] bajo pena de nulidad" y el art. 106 de la ley de fuero de familia de [illegible] en el art. 106 dispone que "Procederán la declaración de [illegible] cuando la ley expresamente prevea esa sanción o cuando el [illegible] indispensables para a obtención de su finalidad".

[illegible] ob. cit., p. 303. Para el autor uruguayo, las nulidades de [illegible] as previstas en la ley y no pueden aceptarse otras, debiendo [illegible] inclusive, la regla de la interpretación estricta, sin embargo -agrega-, habrá también

En nuestro derecho, al margen de la elaboración doctrinaria [illegible] existencia de nulidades implícitas se deriva de la norma del art. 76 C.P.C. cuando expresa que "Procederá la nulidad de los actos procesales cuando la ley prevea expresamente esa sanción o *cuando el acto carezca de los requisitos indispensables para la obtención de su finalidad ...*".

Como postulado general útil para determinar si nos encontramos en presencia de una nulidad implícita se puede enunciar el siguiente: hay vicio de procedimiento que importa nulidad implícita cuando tal irregularidad suponga violación de los principios básicos del proceso [21].

4.1.2. Principio de convalidación

Siguiendo la opinión de Berizonce [22], y en virtud del carácter excepcional y de interpretación estricta de las nulidades del procedimiento, se admite que puedan ser saneadas por la concurrencia de la voluntad de las partes manifestada expresa o tácitamente. Sea que se ratifique el acto, sea que transcurra el plazo acordado para impugnarlas sin que ello hubiere acontecido, a mérito del principio de preclusión.

Es que, como advierte Couture [23], frente a la necesidad de obtener actos procesales válidos y no nulos, se halla la necesidad de obtener actos procesales firmes, sobre los cuales pueda consolidarse el proceso.

Sin embargo, el principio de convalidación no juega tratándose de actos inexistentes, ni tampoco cuando se atacan actos afectados por vicios sustanciales (incapacidad, error, dolo, violencia, fraude o simulación) que se rigen por las normas del Código Civil.

En el procedimiento civil de Córdoba, el incidente de nulidad debe ser promovido dentro de los cinco días de conocido el acto viciado. Transcurrido dicho plazo, se entenderá que ha sido consentido por la parte interesada en la declaración de nulidad (art. 78 C.P.C.). Otros ordenamientos procesales también prevén la existencia de este presupuesto que impide que la nulidad sea declarada cuando el acto

posibilidad de anular un proceso cuando existan vicios que obsten a la constitución de una relación procesal válida o se violen las garantías del debido proceso que, en el fondo, surgen de normas jurídicas positivas.

(21) Berizonce, ob. cit., p. 73.

(22) Ob. cit., p. 73.

(23) *Fundamentos del derecho procesal civil*, 3ª ed., Bs. As., 1958, p. 39.

viciado haya sido consentido expresa o tácitamente por la persona interesada en su declaración (arts. 107 y 110 ley 7676; art. 35 inc. 2 ley 7987; art. 189, C.PP)

4.1.3. *Principio de trascendencia*

No hay nulidad sin perjuicio. En efecto, además de que el vicio formal no hubiera quedado saneado, se requiere que quien lo invoque alegue y demuestre que tal vicio le produjo un perjuicio cierto e irreparable, que no puede subsanarse sino con el acogimiento de la sanción de nulidad

En virtud del carácter no formalista del derecho procesal moderno, se ha establecido que para que exista nulidad no basta la sola infracción a la forma si no produce un agravio a la parte

No es suficiente la mera invocación genérica de haberse quebrantado las formas del juicio, debe existir un perjuicio concreto y de entidad. No hay nulidad por el solo interés de la ley. Es condición esencial su existencia, que debe ser concreta y debidamente evidenciada. Tal agravio media cuando se ha afectado la garantía de defensa en juicio.

Este principio ha sido también adoptado por nuestro ordenamiento procesal civil local, que en el art. 77, dice textualmente "La nulidad se declarará a petición de parte, quien al promover el incidente deberá expresar el perjuicio sufrido o mencionar las defensas que no ha podido oponer." Por su parte el art 109 de la ley 7676 (fuero de familia) contiene una disposición similar a la enunciada

4.1.4. *Principio de protección*

Además de lo dicho, es condición esencial para la declaración de nulidad, que el vicio emane del órgano jurisdiccional o de la parte contraria. De ahí que quien haya dado lugar a la nulidad no puede sostener la invalidez del acto.

Consecuencia de ello es que no puede ampararse en la nulidad quien ha concurrido a la celebración del acto nulo, sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba

Se trata de una regla asentada en los principios de lealtad y buena fe procesal y más aún en el principio general del derecho de aplicación subsidiaria en cuya virtud, el ordenamiento jurídico no puede proteger la pretensión y conducta contradictorias, ni el comportamiento incoherente. La vigencia del principio está consagrada en el art. 1049 C.C..

Este principio tiene consagración legislativa en el Código Procesal Civil y Comercial de Córdoba, cuando expresa que no será admitido el pedido de nulidad cuando el peticionante de la nulidad, haya dado lugar a ésta (art. 78 *in fine*); en la ley 7676 del fuero de familia, que establece que no procederá la declaración de nulidad si el peticionante hubiera dado lugar a la nulidad (art. 111 inc. 5). También este principio está previsto en el ordenamiento procesal penal (art. 187).

4.1.5. *Principio de conservación*

El principio de conservación tiene aplicación en todo el campo del derecho En su formulación más lata indica la conveniencia de preservar la eficacia, la validez de los actos e incluso de las propias instituciones frente a la posibilidad de su anulación, lo que llevaría a un resultado disvalioso.

De este principio, se deducen dos consecuencias importantes:

a) El acto procesal es válido, aun siendo irregular o defectuoso, si ha logrado el fin a que estaba destinado. En este sentido el art. 76 C.P.C. expresa que "procederá la nulidad de los actos procesales, salvo que no obstante su irregularidad el acto haya logrado la finalidad a que estaba destinado". De igual manera está regulado en otros ordenamientos procesales (ej. art. 35 inc. 3, ley 7987; art. 107 ley 7676; 189 *in fine* C.P.P.).

Como ejemplo de ello, se puede decir que no procederá la declaración de nulidad de una notificación si el error de transcripción deslizado no impide al afectado deducir en tiempo oportuno el recurso que corresponde. Tampoco será procedente la declaración de nulidad del acto procesal de comunicación si la cédula omite la transcripción de la conminación a los testigos y no obstante ello éstos concurren a la audiencia el día fijado.

b) En caso de duda sobre la configuración de un vicio procesal o de la existencia de un defecto, debe desestimarse la nulidad y corresponde declarar su validez (la nulidad es de interpretación restringida y estricta) Se trata de un remedio excepcional, último, al que debe recurrirse solamente cuando el vicio no pueda subsanarse sino con el acogimiento de la sanción, pero si hay otro camino debe desestimarse.

4.2. *Formas de plantear la nulidad*

Existen distintos medios y procedimientos para solicitar la declaración de nulidad. La doctrina y la jurisprudencia admiten cuatro formas para

[illegible] el incidente, el recurso, la excepción y, con discrepancias, la [illegible] de nulidad.

4.2.1. Incidente de nulidad

El incidente de nulidad cuestiona los vicios de procedimientos [illegible] a los contenidos en una resolución jurisdiccional.

Constituye la única vía adecuada para plantear la nulidad de [illegible] acto procesal (distinto de una resolución judicial) realizado [illegible] curso de la instancia, aun cuando, como consecuencia de ese [illegible] miento irregular, se haya dictado alguna resolución judicial [illegible] toria o definitiva) [24].

[illegible] lo considera como la vía normal en caso de indefensión, esto es, [illegible] a de las garantías del debido proceso [25]. Así, por ejemplo, en [illegible] de una persona que ha sido mal emplazada (a un domicilio [illegible] denunciado) y en el medio del juicio se entera de su existencia, [illegible] tro camino que el del incidente para provocar la declaración de [illegible] todo lo actuado.

[illegible] dente de nulidad está previsto en nuestro derecho procesal y [illegible] normativamente en casi todos los ordenamientos rituales. Así, [illegible] Procesal Civil local lo regula en los arts. 76 a 77; el Código Procesal [illegible] art. 184 y ss.; la ley de procedimiento laboral de Córdoba a partir [illegible] y la ley de fuero de familia 7676 en el art. 106 y ss..

[illegible] nte debe promoverse dentro del plazo de cinco días (art. 78 [illegible] 110 ley 7676) o seis días (art. 34 ley 7987) de conocido el acto [illegible] Código Procesal Penal establece en el art. 188 la oportunidad [illegible] nar la nulidad, dependiendo de la etapa procesal en que la [illegible] entre. Transcurrido dicho plazo, y en virtud del principio de [illegible], se entenderá que ha sido consentido por la parte [illegible] la declaración de la nulidad.

[illegible] declarará a petición de parte, quien al promoverlo deberá [illegible] sufrido o mencionar las defensas que no ha podido [illegible] de trascendencia) (arts. 77 C.P.C.; 33 ley 7987; 109 ley [illegible] C.P.P.)

(24) Confr. Palacio, Lino Enrique, *Manual de derecho procesal civil*, ob. cit., p. 330

(25) Véscovi, ob. cit., p. 313

[illegible] Rigen; en la tramitación del incidente, las normas relativas a los incidentes en general (arts. 426 a 430 C.P.C.) y los tribunales podrán declararla de oficio si el vicio fuere manifiesto y no se hallare consentido o cuando el vicio implique violación a las normas constitucionales que pudiera producir un perjuicio irreparable (arts. 77 *in fine* C.P.C.; 33 ley 7987; 186 C.P.P.; 115 ley 7676).

No podrán pedir la nulidad del acto quienes hayan concurrido a causarla (arts. 187 C.P.P.; 78 inc. 4, C.P.C., 33 ley 7987

4.2.2. Recurso de nulidad

El recurso de nulidad será examinado en forma exhaustiva en el capítulo correspondiente a los recursos.

En forma sucinta manifestamos que procede contra resoluciones jurisdiccionales (sentencias, autos, providencias simples que causen gravamen que no pueda ser reparado por la sentencia). Este recurso tiene por objeto la declaración de la nulidad de las resoluciones viciadas por violación de las formas y solemnidades que prescriben las leyes.

En nuestro ordenamiento procesal civil local, el recurso de nulidad no está legislado en forma autónoma sino que se encuentra subsumido en la apelación (art. 362 C.P.C.). Esta norma sigue a la moderna doctrina procesal que aconseja eliminar el recurso de nulidad como remedio autónomo y subordinado al recurso de apelación y establecer que éste último configure la vía apta para obtener la enmienda de errores *in procedendo* cometidos en la resolución impugnada -esto es violación de las formas y solemnidades que prescriben las leyes para el dictado de las resoluciones-, que justifican la anulación [26].

La inclusión de la nulidad como un capítulo del recurso de apelación recepta la vigencia del principio que Carnelutti ha denominado absorción de la invalidación por la impugnación.

4.2.3. Excepción

La excepción de nulidad es la vía normal que utiliza el demandado en el proceso para hacer valer la nulidad dentro de los plazos y por las formas previstas en la legislación procesal.

(26) Conf. Perrachione, Mario C., "Impugnaciones" en Zinny, Jorge H. (director) y otros, *Derecho procesal civil. Teoría del proceso*, Atenea, Cba., 1997, p. 308

Así, se puede enunciar como ejemplo el planteamiento de una excepción dilatoria en un procedimiento ordinario. Así sucede con la incompetencia del órgano jurisdiccional o la incapacidad de alguna de las partes, que suponen la falta de algún presupuesto procesal y que si bien tienen una denominación especial, en el fondo significan alegar la existencia de una nulidad en el proceso [27]. También mencionamos como ejemplo típico de pedido de nulidad por esta vía, la excepción de defecto legal en el modo de plantear la demanda, que tiene por objeto, justamente, que el juez declare la nulidad de la misma.

Por su parte, en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, la excepción de nulidad se halla contemplada entre las excepciones admisibles en el juicio ejecutivo (art. 545 C.P.C.N.) frente a la hipótesis de que mediare incumplimiento de las normas establecidas para la preparación de la vía ejecutiva.

4.2.4. Acción de nulidad

Este remedio contra la nulidad será estudiado en el capítulo correspondiente a las impugnaciones.

Simplemente se enunciará que la acción de nulidad no ha sido admitida unánimemente por la doctrina y legislación procesal.

En nuestro código ritual en materia civil y comercial se encuentra receptada legislativamente en los arts. 395 a 401 C.P.C., denominándola de manera errónea como "recurso de revisión". De igual modo está regulada esta acción en el procedimiento penal en los arts. 489 a 499 C.P.P. La ley del fuero de familia 7676 regula también como "recurso de revisión" (arts. 174 a 182) a este modo de declaración de nulidad siendo que constituye una auténtica "acción de nulidad".

La revisión en sentido estricto no constituye un recurso como lo [illegible] los referidos ordenamientos procesales locales, sino una [illegible] (acción) de impugnación que contiene una pretensión de [illegible] contra la sentencia definitiva "firme" o "pasada en autoridad [illegible]" [28]

(27) Conf. Véscovi, ob. cit., p. 312
(28) Perrachione, ob. cit., p. 331

Esta vía es un remedio excepcional y procede únicamente si se configuran los motivos taxativamente enumerados en la ley procesal, tales como existencia de nuevos elementos probatorios ignorados por las partes o que la sentencia se hubiera obtenido en virtud de prevaricato, cohecho, violencia u otra maquinación fraudulenta o si el hecho no existió, etcétera (arts. 395 C.P.C.; 489 C.P.P.; 174 ley 7676).

El órgano jurisdiccional competente para entender en esta acción es el Tribunal Superior de Justicia. Respecto del plazo para interponerla, varía según el ordenamiento procesal de que se trate. En el procedimiento civil y en el de familia debe ser interpuesto por escrito ante el Tribunal Superior de Justicia dentro de los treinta días contados desde que se tuvo conocimiento de la falsedad o el fraude, o se obtuvieron los documentos y en ningún caso se admitirá pasados cinco años (tres en la ley del fuero de familia) desde la fecha de la sentencia definitiva (art. 397 C.P.C. 176 ley 7676). En el procedimiento penal el recurso de revisión procede en todo tiempo y en favor del condenado. No existe límite temporal para iniciarla (art. 489 C.P.P.).

4.3. Efectos de las nulidades

La nulidad de un acto, cuando fuere declarada, hará nulos todos los actos consecutivos que de él dependan. Sin embargo, la nulidad de un acto no importará la de los anteriores o posteriores que sean independientes; ni la de una parte del acto afectará las otras partes que sean independientes de aquél.

La nulidad como sanción significa hacer desaparecer los efectos producidos por el acto viciado pero además tiene por objeto impedir que siga produciéndolos, lo que trae como consecuencia la anulación no sólo de ese acto, sino de todos aquellos que son consecuencia directa del declarado nulo, pero no de aquellos que sean independientes de éste (art. 76 C.P.C.). Así, declarada la nulidad de una declaración testimonial, la resolución invalidatoria no alcanza a las restantes diligencias probatorias, aun cuando fueran posteriores.



CAPITULO XVIII

La prueba

Sumario: 1. La prueba. 1.1. Concepto 1 2 Estados de convicción del juez. 2. Principios de la prueba. 2 1 Principio de unidad de prueba. 2.2 Principio de adquisición o de comunidad de prueba 2 3. Principio de igualdad y de contradicción. 2 4. Principio de inmediación. 2.5. Principio de libertad probatoria. 2 6 Principio de buena fe y lealtad procesal 2 7. Principio del *favor probationes*. 3 Necesidad de una teoría general de la prueba 4. Objeto de prueba 5 Distinción entre medio, órgano y elemento de prueba 6 Procedimiento probatorio. 6.1. Momento introductivo 6 2 Momento del diligenciamiento. 6 3. Momento de valoración de la prueba. 7 Carga de la prueba 7.1. Teoría de las cargas probatorias dinámicas. 8 Admisibilidad de la prueba 9 Sistemas de valoración de la prueba. 9.1. Sistema de pruebas legales 9 2. Sistema de la sana crítica racional. 9.3 Sistema de libre convicción. 10. Medios de prueba 10.1. Clasificación de los medios de prueba. 10 2. Medios de prueba en particular

1. La prueba

El orden jurídico brinda soluciones a posibles conflictos a través de previsiones normativas que se presentan como un todo organizado en atención a determinadas categorías de intereses. Es así que impone a los portadores de ciertos derechos subjetivos determinadas conductas a favor de otros portadores de intereses prevalecientes. Ante la hipótesis de un conflicto puede suceder que sea suficiente la coacción moral, pero otras veces, y de hecho ocurre, resulta necesaria la realización del orden jurídico,

transformando el mandato abstracto en concreto. Esta transformación se logra a través del proceso judicial que concluye con el dictado de la sentencia Precisamente, en este acto se realiza la subsunción del mandato abstracto de la ley al caso concreto y de este modo se individualiza y se define.

Toda norma jurídica representa un mandato hipotético; supone determinada situación o conflicto de intereses y manda respecto de ella. Para individualizarla hace falta *comprobar* una situación idéntica a la situación supuesta y corresponde entonces mandar de idéntico modo respecto a ella. El mandato hipotético se convierte así en mandato real. La comprobación es la identidad (o la diferencia) de la situación supuesta por la norma y de la situación exhibida en el pleito (causa) que es el fin del proceso y el objeto del juicio (1).

El proceso judicial persigue como finalidad específica e inmediata la fijación de los hechos fundantes de las pretensiones de los sujetos procesales mediante la búsqueda de la verdad. De este modo se podrá confirmar o desechar el acontecimiento histórico afirmado como existente sobre el cual ha de fundamentarse la solución que corresponde otorgar a la *res iudicanda*. El contenido de ella puede consistir en hipótesis fácticas captadas por la ley de fondo, cuando se resuelve sobre el mérito del asunto o por la ley procesal, cuando alude a cuestiones meramente formales impeditivas de la decisión de fondo.

Las afirmaciones de hechos vertidas por las partes deben ser probadas ya sea positiva o negativamente; su encuadramiento en las normas jurídicas debe realizarse mediante la confrontación de la materialidad fijada con el supuesto de hecho normativamente descrito (2). El juez habrá de estarse a las afirmaciones de las partes que en algunos casos se ajustará a la realidad Se señala que el contacto con la realidad de la vida se obtiene mediante la prueba, único camino para que el juez conozca los hechos que le permitan adoptar la decisión legal y justa para cada caso concreto.

La afirmación de un hecho es la proposición de éste como presupuesto de la [illegible] manda dirigida al juez; se trata en rigor de la afirmación de su ex[illegible]dal. Por regla general, la afirmación del hecho que constituye el [illegible] de la norma a realizar se contiene en la demanda en el

(1) Carnelutti, Francesco, *La prueba civil*, 2ª ed., Depalma, Bs. As., 1982, p. 4
(2) Clariá Olmedo, Jorge, *Derecho procesal*, Depalma, Bs. As., 1983 t. II, p. 149

procedimiento civil, familiar o laboral o en la investigación fiscal pr[illegible] o en la requisitoria fiscal en el tramite penal (arts. 302 y 341 C P[illegible] tarea posterior del sujeto que pretende se verá dirigida a la a[illegible] de ese hecho, lo cual nos introduce de lleno en el tema de la [illegible]

La noción de prueba es común y de uso diario en la vida de [illegible] Piénsese por ejemplo que en cualquier conversación entre dos p[illegible] de modo constante se gira en base a proposiciones y afirmaci[illegible] hechos, que inmediatamente son justificadas, ya sea para dem[illegible] razón de lo dicho o para despejar toda duda que pudiera t[illegible] interlocutor. Por ello se afirma que el concepto de prueba se [illegible] tiene significación en todas las manifestaciones de la conducta [illegible] pero cobra especial relevancia en el campo del derecho; en e[illegible] noción de prueba no es privativa del derecho procesal sino q[illegible] en casi todas las ramas La palabra prueba es usada tanto por [illegible] de fondo, como por el derecho de forma Sin embargo, *"al tratar [illegible] el concepto de prueba necesariamente debemos centrarlo en el ámbito jurídico [illegible] nuestra organización política dentro del principio de legalidad teniendo como [illegible] el conocimiento jurídico de un hombre de derecho"* (3).

Los códigos formales regulan, valga la redundancia, las cond[illegible] de admisibilidad de las pruebas, esto es lo relativo a los req[illegible] lugar, tiempo y modo. En tanto que las leyes sustanciales, [illegible] son las que nos dan las directrices a seguir en torno al valor q[illegible] debe adjudicar.

El juez es el sujeto pasivo de la prueba, toda la actividad [illegible] por las partes y demás intervinientes está dirigida a convencer al [illegible] de la razón de sus respectivas afirmaciones

1.1. Concepto

En sentido jurídico procesal, la prueba es consid[illegible] método de averiguación y un método de comprobación [illegible] los hechos afirmados. A la prueba penal tradicionalmen[illegible]

(3) Fenocchietto, Carlos Eduardo, "El juez frente a la prueba", *La prueba. Libro en memoria [illegible] profesor Santiago Sentís Melendo*, coordinador Augusto M. Morello, LEP, Bs. As., 1996, p. [illegible]
(4) Couture, Eduardo, *Fundamentos del derecho procesal*, 3ª ed., Depalma, Bs. As., 1978 p.

carácter de ser un método de averiguación, de búsqueda, de procura de algo aparentemente sin límites para el juez. En cambio, a la prueba civil por las limitaciones impuestas por el sistema dispositivo se le adjudicaba el carácter de comprobación, de demostración, de corroboración de la verdad o falsedad de las proposiciones formuladas en el juicio [4].

En este orden de ideas en el proceso civil, la prueba es "*la comprobación judicial por los medios que la ley establece de la verdad de un hecho controvertido del cual depende el derecho que se pretende*" [5].

En otras palabras, probar es la actividad que deben cumplir los sujetos procesales -actor y demandado- a fin de aportar al proceso los motivos o razones que sustentan sus respectivas pretensiones. Probar es, en definitiva, confrontar las pretensiones de las partes con los medios de prueba producidos.

Este concepto proveniente del sistema dispositivo alude a la limitación que tiene el juez en el proceso civil respecto de la búsqueda de la verdad. En esta tarea los sujetos procesales utilizarán los medios que la ley establece, con ello nos referimos a los procedimientos regulados o vías procesales señaladas para la producción de la prueba, las cuales como veremos *infra* pueden ser nominadas o innominadas (confesional, testimonial, etcétera).

En el proceso penal, por el contrario, se alude a la averiguación que realizan los sujetos en búsqueda de la denominada verdad real, material o histórica.

Así la prueba penal ha sido conceptualizada "*como el conjunto de actos procesales, cumplidos con el auxilio de los medios previstos o implícitamente autorizados por la ley y encaminados a generar la convicción judicial acerca de la existencia o inexistencia, la veracidad o falsedad, de los hechos sobre los cuales versa la imputación*" [6]. Sin embargo, será bueno aclarar que todo el tema de la prueba se encuentra [illegible]ulado íntimamente vinculado con el modelo de proceso penal que se [illegible]pte: si es de carácter inquisitivo, la prueba tiene una importancia relativa [illegible] el modelo político autoritario que lo sustenta presupone la culpa [illegible]putado por la apariencia de culpabilidad que la imputación genera,

(5) Alsina, Hugo, *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial*, Ediar, Bs. As., 1961, t. III, p. 225

(6) Palacio, Lino Enrique *La prueba en el proceso penal*, Abeledo-Perrot Bs. As., 2000, p. 12.

el proceso se legitima como un castigo en sí mismo mientras procura sin verdadero interés reconfirmar la culpabilidad que por ser presupuesto ya siendo castigada. Si, en cambio, el modelo es como el de nuestra Constitución Nacional, como éste parte de un estado de inocencia, la prueba cobra relevancia sustancial, pues es la única forma legal autorizada para destruirlo. No se admite otro modo de acreditar la culpabilidad [7].

Inicialmente, la prueba en el proceso civil sólo pretendía el logro de la verdad formal por oposición a la real, material o histórica perseguida en otros campos (penal, laboral y familiar).

Esta distinción tradicional no se ajusta a la realidad actual del derecho procesal ya que se han ido produciendo modificaciones no sólo en las leyes sino en los sistemas procesales que han influido significativamente en la teoría jurídica de la prueba. Así, resulta de relevancia para abordar estos temas el análisis de los poderes y facultades que las leyes conceden en cada caso a los sujetos procesales en el procedimiento probatorio y correlativamente hay que advertir que tanto en el campo de los derechos disponibles como en el de los públicos el concepto de verdad encuentra límites que analizaremos.

La cuestión debe abordarse desde diferentes puntos de vista. En primer lugar los límites son variados y es frecuente que se presenten espontáneamente por las propias circunstancias fácticas y jurídicas de la búsqueda de la verdad; también influye la atribución de los poderes a los sujetos procesales referidos al ofrecimiento, producción y diligenciamiento de la prueba. Al respecto, recuérdese que en los sistemas prevalentemente inquisitivos, propios del proceso penal tradicional, se atribuía al órgano jurisdiccional amplísimas facultades de investigación en orden a la consecución de elementos probatorios. De tal manera que el órgano jurisdiccional reunía la prueba y decidía cumpliendo dos funciones, que posteriormente se advierten como incompatibles, en efecto, el juez de instrucción poseía iniciativa probatoria por lo que actuaba como instructor-investigador y además actuaba como órgano decisor.

En cambio, en el proceso civil ortodoxamente dispositivo el juez no cuenta con iniciativa probatoria o ella es limitadísima. En consecuencia,

(7) Cafferata, José I. y otros, *Manual de derecho procesal penal*, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la U N C., Ciencia, Derecho y Sociedad, textos de estudio, p 282 c.

[illegible] la carga de acreditar los hechos por lo que serán ellas [illegible] ofrecer, diligenciar y producir las pruebas. Adviértase, por [illegible] nuestro C.P.C., que ha permanecido impermeable a las nuevas [illegible] sólo excepcionalmente faculta al juez a disponer medidas para [illegible] (art. 327 C.P.C.), las que no pueden ser ordenadas respecto [illegible] ofrecidas por las partes y frustradas por negligencia.

[illegible] relevante para la determinación de estos conceptos esclarecer la [illegible] que presentan la denominada verdad real, material e histórica [illegible] esta verdad formal, falsa o ficticia.

[illegible] verdad como tal sin aditamentos es un concepto que pertenece al [illegible] a filosofía jurídica, responde a una noción ontológica o [illegible] ca que significa "adecuación de una idea con la realidad", este [illegible] verdad solamente es accesible en el área del conocimiento de las [illegible] matemáticas, físicas o naturales. En cambio, en el sector de las [illegible] sociales el sentido de la palabra verdad está limitada por diferentes [illegible] as. Así, por ejemplo, la primera limitación está dada por la [illegible] o restricción en el actuar procesal que la ley impone a los sujetos [illegible] en algunos casos a las partes, en otras al Ministerio Público o [illegible] jurisdiccional, etcétera. Tal sucede, por ejemplo, en el sistema [illegible], en el que confiere a las partes de modo exclusivo la tarea de [illegible] las pruebas que hacen a sus respectivas pretensiones. Otro tanto [illegible] en aquellos sistemas procésales que adscriben al régimen mixto [illegible] torio como el actual C.P.P. en que al tribunal de juicio, le está vedado [illegible] regla la iniciativa probatoria.

Modernamente se desarrollan estudios que refieren a la ampliación de los poderes del juez en materia probatoria en el campo civil y a la restricción en el campo penal pero que opera sólo en la oportunidad del debate; atento lo expresado, este fenómeno ha sido denominado como de publicización del proceso civil y privatización del proceso penal. En efecto, se ha producido una simbiosis en la que se van evaluando experiencias e intentando cambios aceptados no sin resistencia por los operadores.

[illegible] El segundo límite a la búsqueda de la verdad lo impone el sistema de tarifa legal o de pruebas legales que se manifiesta en el señalamiento de reglas de precalificación del valor convictivo atribuible a ciertos elementos probatorios. Este sistema que en nuestro régimen legal es complementario del de la sana crítica racional, es de alguna manera residual pero ineludible.

En efecto, tanto los códigos de fondo como los formales se ven precisados a determinar el modo en que se deben acreditar determinados hechos o circunstancia y el valor probatorio de ciertos medios.

Así, por ejemplo, la aceptación o el reconocimiento que efectúan las partes en un asunto patrimonial hace plena prueba y en definitiva releva a la contraria de producir otras respecto al hecho confesado (art. 236 C.P.C.)

Asimismo, el Código Civil impone la utilización de ciertos y determinados medios de prueba para acreditar hechos involucrados con el orden público o con la organización social del país. Tal sucede, por ejemplo, con el nacimiento o defunción de una persona que sólo se acredita con la partida pertinente otorgada por los organismos públicos competentes al efecto; también la ley sustancial determina el valor probatorio de los instrumentos públicos (arts. 993, 994 y 995 C.C.) o las condiciones o exigencias para otorgar valor a los instrumentos privados (arts. 1026 y 1028 C.C..), etcétera. Estos criterios operan como restricciones de carácter objetivo legal.

También se plantean limitaciones de carácter fáctico. Así por ejemplo, puede suceder que una demanda y su correspondiente contestación no reflejen exactamente la forma en que ocurrieron los hechos; ello puede ocurrir simplemente porque las partes los plantearon en forma diferente al fundar sus respectivas pretensiones o porque los elementos corroborantes fueron insuficientes o parciales.

Otro límite de hecho se configura ante la declaración de un testigo quien a veces relata de una manera diferente de lo que efectivamente vio presenció o sintió. Esto sucede ya sea porque la conducta de este sujeto sea maliciosa o mendaz o simplemente pueden tener origen otras causas como el transcurso del tiempo, la (fragilidad de la memoria) edad avanzada, por la falta de habilidad del testigo para relatar el hecho y por la mayor o menor capacidad perceptiva.

Como se ve, las limitaciones a la búsqueda de la verdad pueden provenir tanto de los mayores o menores poderes otorgados a los sujetos procesales y de circunstancias fácticas como jurídicas.

Sin embargo, en la actualidad los conceptos de verdad real o formal han sido superados y sustituidos por el de verdad jurisdiccional objetiva. Este concepto ha sido elaborado y desarrollado a lo largo de años por la doctrina y la jurisprudencia.

En tal sentido la Corte Suprema de justicia de la Nación a partir del caso "Colalillo", va precisando esta noción y la de exceso de rigor formal o exceso ritual manifiesto. Los desarrollos son extensos y significativos, y marca hitos en el tema de la prueba. Entre sus argumentos de mayor

... que expresa que no puede el órgano jurisdiccional ... a la búsqueda de la verdad jurídica objetiva por razones ... formales [8]. Sin embargo, con la evolución del ... y en búsqueda de terminologías más adecuadas, hoy la ... señala que lo que se debe procurar es la llamada verdad ..., que se presenta como una nueva categoría relevante y válida ... los ámbitos del derecho procesal.

... tenerse en cuenta, por último, que la prueba tiene como fin la ... ar la convicción del juez, respecto de lo hechos que son ... de la norma que tutela la pretensión ejercida; en tal sentido, ... señalarse que el conocimiento del juez no se logra habitualmente ... solo medio de prueba, sino que inciden en él el conjunto de los ... los aportados y que son valorados coordinada y armónicamente.

A modo de conclusión podemos conceptualizar a la actividad ... como el esfuerzo que realizan todos los sujetos procesales ... ntes a lograr la comprobación de la verdad jurídicamente objetiva ... llamada verdad procesal.

1.2 Estados de convicción del juez

La doctrina señala que la conciencia del juez pasa por diferentes grados de conocimiento. Así en los inicios del proceso donde sólo se han planteado las pretensiones de las partes, el juez se encuentra en un estado de ignorancia sobre la veracidad de las proposiciones. Posteriormente cuando comienza a recibirse la prueba y se incorporan elementos corroborantes, surge la duda, que ha sido definida como "*una indecisión del intelecto puesto a elegir entre la existencia o inexistencia del objeto sobre el cual se esta pensando, derivada del equilibrio entre los elementos que inducen a afirmarla y los elementos que inducen a negarla, siendo todos ellos igualmente atendibles*" [9]. Dicho de otro modo, duda es, entonces, la suspensión o indeterminación de la voluntad o el entendimiento entre varias decisiones. Ello ocurre cuando no se halla estimulo o razón suficiente para aceptar o asentir entre los objetos o conceptos opuestos o diferentes.

Posteriormente, en el espíritu del juez puede plantearse la probabilidad o verosimilitud de los hechos, esto sucede si los elementos positivos son superiores en fuerza a los negativos o por el contrario en la situación inversa.

Al momento de resolver, el juez se encuentra siempre frente a una verdad formal o procesal que se grafica en el mayor o menor grado de conformidad entre el hecho afirmado y los elementos probatorios aportados (certeza positiva) o en la falta de coincidencia de ellos (certeza negativa). El estado de incertidumbre en la formación de la convicción es ... de índole subjetivo que se plantea el juez en su intimidad y ... consecuencias diferentes según sea el tipo de proceso. En ..., el juez admitirá la demanda o dictara condena y en el ... rechazará la demanda o dictará sentencia absolutoria. En tal ... ha expresado, que la certeza y probabilidad constituyen estados ... si la investigación de una hipótesis delictiva sobre la que ... el proceso conduce a la confusión exacta o aproximada, sobre su ... ia o inexistencia, cabe hablar, respectivamente de una certeza o probabilidad positiva o negativa al paso que la duda, en la medida que obsta a la emisión de cualquier tipo de certeza o probabilidad representa "un estado neutro" sin salida posible [10].

Cabe señalar, por último, que en el proceso civil en el que el juez ejerce un poder deber de ejercicio obligado por lo que no puede dejar de resolver so pretexto de silencio u oscuridad de la ley (art. 15 C C.) no procede el *non liquet*: esto es el dictado de una sentencia sentencia inhibitoria por falta de prueba o por insuficiencia de la ley. Por ello cuando el juzgador se encuentre ante una situación no regulada legalmente deberá resolver el caso utilizando las reglas de la analogía y de los principios generales del derecho (arts. 16 C.C y 887 C P.C.) En el proceso penal la solución es diferente ya que por vigencia del principio de inocencia y de legalidad, en caso de duda debe absolverse al imputado.

(8) En este sentido el máximo tribunal ha dicho: "el proceso civil no puede ser conducido en términos estrictamente formales. No se trata ciertamente del cumplimiento de ritos caprichosos, sino del desarrollo de procedimientos destinados al establecimiento de la verdad jurídica objetiva que es su norte. Que concordantemente con ello la ley procesal vigente dispone que los jueces tendrán en cualquier estado del juicio la facultad de disponer medidas necesarias para esclarecer los hechos debatidos" (caso "Colalillo", Fallos 238.550 (1957)

(9) Cafferata Nores ob cit p. 7.

(10) Palacio, Lino, ob cit., p. 14

Por último, se señala que la prueba cumple una función jurídica y también social, como una especie de la primera, existe también una función procesal específica. De ahí que junto con el fin procesal de la prueba, se advierte un fin extraprocesal muy importante: dar seguridad a las relaciones sociales y comerciales, prevenir y evitar los litigios, servir de garantía a los derechos subjetivos y a los diversos status jurídicos. Pero esa función extraprocesal no se opone a la naturaleza procesal de la prueba [11].

2. Principios de la prueba

A pesar de las diferencias que puedan presentar los distintos sistemas judiciales la institución de la prueba judicial presenta unidad en lo referido a sus lineamientos generales y principios que la organizan

Según se encuentre regulado el proceso judicial, el juez puede tener facultades de iniciativa probatoria y de investigación. Es decir, la ley puede concederle mayores o menores poderes, pero sin duda toda su actividad [illegible]á orientada por aquellos principios que garantizan el debido proceso, [illegible] as reglas de igualdad, bilateralidad y de congruencia.

En esta tarea los autores han señalado principios que tienen vigencia [illegible] prueba y en la actividad probatoria y que exhiben relación directa [illegible] su admisibilidad, conducencia y valoración.

E[illegible] este enfoque deben destacarse los principios de unidad de la [illegible], de comunidad de la prueba o adquisición, el de igualdad, de [illegible]dicción, de inmediación, el de libertad probatoria y el de buena [illegible] y [illegible]tad procesal. A ellos agregamos el denominado principio del *[illegible] probationen*, de escaso desarrollo doctrinario pero de insoslayable [illegible]ncia [12].

(11) Devis Echandía, Hernando *Teoría general de la prueba*, Zavalía, Bs. As., 1974, t. I, p. 15

(12) Kielmanovich, Jorge L., *Teoría de la prueba y medios probatorios*. Abeledo-Perrot, 1ª ed., Bs As , 1996 p 60 y ss . Del mismo autor "El *favor probatione* y demás principios sobre la prueba" en *La prueba Libro en memoria del prof Santiago Sentis Meledo*, coord. Augusto M. Morello, LEP, Bs As., 1996 p 155

2.1 Principio de unidad de prueba

[illegible] regla de la unidad significa que el conjunto probatorio del ju[illegible] [illegible] todo y que, como tal, debe ser examinado y apreciado por el [illegible] para confrontar las diversas pruebas, su puntualidad, concordan[illegible] [illegible]cordancia y concluir sobre el convencimiento que de ellas globalmente [illegible]me [13]. Este principio constituye una directriz que tiene vigencia a[illegible] [illegible]ento de la valoración de la prueba; para el juez al tiempo de dictar [illegible] y para las partes al formular sus respectivos alegatos. En rigor [illegible] se encuentra íntimamente emparentado con la sana crítica [illegible] de valoración de la prueba que adoptan la mayoría de los [illegible]les. Como lo hemos apuntado, la convicción del juzgador [illegible] un solo medio de prueba, sino que de ordinario ella se [illegible]teracción de diversos medios probatorios los que deben [illegible] coordinadamente y en su totalidad. De este modo al ser [illegible] conjunto se complementan entre sí y pueden conducir [illegible]nto de la veracidad de los hechos afirmados.

2.2 Principio de adquisición o de comunidad de prueba

[illegible]isición procesal tiene la categoría de principio técnico y [illegible]o en lo referido a la teoría de la prueba Esta regla se formula de [illegible]ente manera: toda prueba introducida en un proceso se adquiere [illegible] éste con independencia de quien la aporte. En consecuencia, [illegible]tida y producida la probanza beneficia o perjudica a cualquiera de [illegible]partes. El juez puede y debe utilizar el material probatorio prescindiendo [illegible] persona que lo incorporó, pues pertenece al juicio y no a las partes. [illegible]hiovenda señala "*que la adquisición procesal se produce porque las actividades [illegible]sales pertenecen a una relación única y por eso los resultados de las actividades [illegible]sales son comunes entre las partes (adquisición procesal)*" [14].

Complementariamente esta regla se impone también atendiendo los [illegible] públicos del proceso. Es así que el elemento probatorio se aporta [illegible]el beneficio de ambas partes y del juez.

(13) Devis Echandía, ob cit., t. I, p. 117

(14) Chiovenda, Giuseppe, *Derecho procesal civil* Revista de Derecho Privado, Madrid, 1940, t III, p. 205.

En el sistema dispositivo, este principio opera como un obstáculo o impedimento para el desistimiento de la prueba ya practicada. Una vez introducida y admitida la prueba legítimamente no cabe la posibilidad de su desistimiento, por haberse transformado en común para las partes. Ello sin perjuicio de que por las características de la causa puedan las partes de común acuerdo renunciarlas.

2.3. Principio de igualdad y de contradicción

La igualdad y contradicción encuentran fundamento en las garantías constitucionales de igualdad ante la ley y del derecho de defensa en juicio.

Por una parte, la igualdad significa el derecho de las partes de alegar y de probar sus pretensiones en las mismas condiciones. Esto significa que deben garantizarse idénticas oportunidades para ofrecer y diligenciar las pruebas.

Devis Echandía formula el principio de contradicción de la siguiente [illegible]ra: la parte contra quien se opone una prueba debe gozar de [illegible]idad procesal para conocerla y discutirla. También comprende el [illegible] de contraprobar. Esto último es entendido como la posibilidad [illegible]ste a la parte para incorporar elementos de juicio tendientes a [illegible] la eficacia convictiva de prueba producida por la contraria [15]. La [illegible]ón supone que debe garantizarse a los sujetos procesales la [illegible] de controlar la introducción y producción de la prueba en el [illegible] Así, toda la actividad probatoria debe ser comunicada a la parte [illegible] su admisión y también durante su diligenciamiento. Por ello, [illegible] que *"el procedimiento de la prueba no es sino una manifestación [illegible] contradictorio"* [16].

[illegible] Principio de inmediación

[illegible] conocido que la regla de inmediación que significa [illegible] el juez, parte y órgano de prueba, hace o influye

(15) Devis Echandía, ob. cit., t. I, p. 123
(16) Couture, ob. cit., p. 254

en la mejor calidad de su recepción. Esta regla contribuye a la autenticidad, la seriedad, la oportunidad, la pertinencia y la validez de la prueba [17].

La inmediación es un principio del proceso útil en todas sus etapas pero que se revitaliza en lo atinente a la actividad probatoria.

El sistema oral es el que más favorece la vigencia efectiva de la inmediación. Sin embargo, también los códigos que adoptan el juicio escrito pueden establecer alternativas puntuales con vigencia de la inmediación.

Así la introducción de las alegaciones se efectúa en forma escrita con un sistema mediato (esto es sin que ocurra contacto directo entre los sujetos procesales); en tanto que la recepción de la prueba testimonial y confesional, dada su naturaleza, se manifiesta en audiencias con presencia del juez.

Este principio impera durante la recepción de toda la prueba por lo que no queda reservado sólo para las declaraciones, sino que rige también para la realización de otras medidas, por ejemplo, en las inspecciones oculares o reconocimientos, interrogatorio de partes y peritos, etcétera.

La tendencia actual es la oralidad que permite la apreciación directa de protagonista del trámite, así el juez podrá observar sin intermediarios la conducta de las partes en el transcurso del debate probatorio la forma de declaración de testigos y, de esta forma, tendrán una vívida imagen de lo acontecido para lograr una apreciación correcta de todos los elementos de juicio.

La inmediación supone también que el juez desempeñe un papel activo en la conducción de la prueba y a tal fin, las leyes procesales otorgan al tribunal las facultades necesarias para que desempeñen este rol protagónico. Por estos motivos el maestro Carnelutti ha afirmado que *"... la prueba es tanto más segura cuanto más próxima a los sentidos del juez se halle el hecho a probar"* [18].

Vinculado a la regla de la inmediación es la de *identidad física del juzgador*, que postula que el juez que recibe la prueba sea el mismo que dicte sentencia. Por otra parte, este principio se amplía con la personalidad, que impone la presencia necesaria de las partes en ciertos actos procesales.

(17) Devis Echandía, ob. cit., t. I, p. 128
(18) Carnelutti, ob. cit., p. 55

Así, por ejemplo, en algunos sistemas y bajo ciertas condiciones postula la comparecencia ineludible del actor y demandado a determinadas audiencias. Tal sucede en el procedimiento de familia (art. 60 ley 7676) y también a la referida audiencia de conciliación que tiene lugar en el procedimiento laboral (art. 41 ley 7987). Es que la personalidad implica que en estas oportunidades señaladas por la ley, las partes no puedan ser reemplazadas por mandatarios. Se trata, en general, de actuaciones de naturaleza conciliatoria y de carácter personalísimas en donde la participación por apoderado perjudicaría los fines públicos tenidos en cuenta por el legislador atendiendo a la pretensión esgrimida por las partes.

2.5. Principio de libertad probatoria

[illegible] la prueba debe ser idónea para cumplir con los fines del proceso, [illegible] sostenido que es indispensable otorgar libertad para que las partes [illegible] producir todas las que creyeran convenientes a sus respectivas [illegible]nes.

[illegible]ipio de libertad de prueba se formula de la siguiente manera [illegible] *de prueba puede ser introducido al proceso y puede serlo por cualquier* [illegible] De ello se infiere que el tema presenta dos perspectivas: libertad [illegible] y libertad de objeto.

[illegible]pio de libertad encuentra fundamento en garantizar el ejercicio [illegible]cho de defensa, pilar fundamental del "proceso justo [illegible]" [20]

[illegible], este principio también se manifiesta cuando el juez [illegible] apreciación de la prueba. Este concepto es entendido [illegible]nibilidad para la merituación ha sido justificado [illegible] *encomendar a un hombre la tremenda misión de juzgar y, decirle después* [illegible] *parece una paradoja o un sarcasmo; no es mecanizarlo o automatizarlo;* [illegible] *deshumanizarlo"* [21].

[illegible]do, ob. cit., t. II, p. 181

[illegible] Mario Augusto *El proceso justo*, LEP, Bs. As., 1994, p. 55

[illegible] Melendo, Santiago *La prueba. Los grandes temas del derecho probatorio*, EJEA, [illegible] 1979, ps. 242/243

Libertad de medios

Los códigos formales regulan el procedimiento que deben cumplir las partes para introducir el elemento probatorio al proceso y en este sentido contempla específicamente cuáles son los medios probatorios

Comúnmente se prevén los medios clásicos de prueba: la prueba confesional, documental, inspección ocular, pericial, informativa, etcétera.

También se reconocen los medios de prueba mixtos tales como reconocimiento de personas o de cosas, careos, etcétera

También se admite la posibilidad de utilizar otros medios de prueba no previstos, es decir no limitarse a los taxativamente establecidos en la ley. Se propicia su regulación en forma amplia y con carácter enunciativo a fin de que se puedan utilizar otros medios no contemplados

Históricamente, se creía en la necesidad de que las instituciones jurídicas fueran previstas legislativamente en forma rigurosa. Se establecía entonces, el principio de taxatividad de los medios probatorios, como una garantía para el justiciable. Es que se consideraba que el apartarse de las formas legales, podría aparejar arbitrariedad.

Sin embargo, actualmente el pensamiento jurídico procesal ha evolucionado; aparecen fundamentos que hacen revisar esta idea originaria.

El primer ensanche en la materia nos la da la garantía constitucional del derecho de defensa en juicio que, como sabemos, es comprensiva del derecho de audiencia y de prueba. El segundo argumento está dado por los avances de la ciencia y de la técnica que hace advertir la posibilidad de hacer uso de pruebas no previstas por la ley. Así, por ejemplo, es común hoy la utilización de pruebas tales como cintas magnetofónicas, videocasettes, documento electrónico, etcétera.

El principio de libertad de medios encuentra recepción específica en el art. 202 C.P.C. y en el art. 192 C.P.P. que se complementa con otras disposiciones, v.gr. el art. 201 C.P.P.

Por último, advertimos que la libertad de medios no significa arbitrariedad en el procedimiento probatorio, pues éste se concibe como una forma de asegurar la eficacia de la prueba en atención al derecho de las partes, cuya observancia se conmina con nulidad [22]. En ese punto

(22) Cafferata Nores, José I., *La prueba en el proceso penal*, Depalma, Bs. As., 1986, p. 27

cabe hacer referencia a los medios extraordinarios de prueba, que acusan recibo en la legislación que regula el proceso penal. Estos mecanismos excepcionales dan cabida a nuevos protagonistas del proceso penal como el "agente encubierto", el "informante", el arrepentido" el testigo de identidad protegida", etcétera. Se trata de medios extraordinarios y de carácter excepcional, a los cuales se arguye cabe acudir sólo cuando sea indispensable su empleo para superar dificultades insalvables por los medios probatorios ordinarios en la investigación de gravísimos delitos y siempre que su actuación y el valor de su información se enmarquen en una rígida legalidad, respetuosa de los derechos fundamentales de los ciudadanos [23].

Libertad de objeto

El objeto de la prueba en el proceso civil son los hechos alegados por las partes o que se encuentren plasmados en la norma aplicable al caso y que fueren conducentes para resolver el tema central del proceso (pretensión). En tanto que para el proceso penal, el objeto de la actividad probatoria son todos aquellos hechos provistos de relevancia para determinar la comisión o la imposibilidad de la comisión de un hecho reputado punible, la concurrencia de circunstancias eximentes, atenuante o agravantes susceptibles de modificar la supuesta responsabilidad penal del imputado y eventualmente los daños y perjuicios habitualmente generados por la comisión del delito [24].

Debe distinguirse en este punto la diferencia entre admisibilidad de lo que en derecho procesal significa eficacia de la prueba o atendibilidad de la prueba, que supone un juicio sobre el mérito de ella. Y esta evaluación recién será efectuada por el tribunal en oportunidad del dictado de la sentencia .

También debe distinguirse los conceptos de *pertenencia y relevancia de la prueba*

Clariá Olmedo, puntualiza que "*la pertinencia hace a la relación o vinculación de la prueba ofrecida con los hechos que con ella quieren acreditarse*" [25]. Por lo tanto,

(23) Cafferata Nores, José I., *Cuestiones actuales sobre el pocos penal*, 2ª ed. actualizada, Editores del Puerto Bs. As., 1998, p. 202

(24) Palacio Lino ob. cit., p. 18.

(25) Clariá Olmedo ob. cit., t. II p. 172.

la prueba es pertinente cuando se refiere a los hechos controvertidos sin formular juicio de valor sobre su conducencia o eficacia. Es decir, la pertinencia se refiere a la relación entre el objeto de la prueba y los medios o elementos de prueba. En cambio, la relevancia denominada también conducencia, es aquella que tiene en cuenta la utilidad del elemento probatorio: su resultado; esto es, hace a la aptitud del medio o elemento de prueba o a su idoneidad o falta de idoneidad para acreditar los hechos.

En el sistema del C.P.C. tanto la pertinencia como la relevancia de la prueba, sólo podrán ser analizadas por el juez al momento de dictar sentencia (arts. 198, 199 y 200 C.P.C.).

La proposición del material probatorio se regula tradicionalmente en base a dos grandes sistemas: el de libertad probatoria y el de precalificación de la prueba.

La libertad probatoria referida al objeto significa que los sujetos procesales pueden producir prueba sobre cualquier hecho. Su manifestación extrema adoptada por nuestro C.P.C., está prevista en el art. 200 C.P.C., que autoriza la prueba sobre hechos "hayan sido o no alegado" y no solamente sobre los que de alguna manera puedan influir en la decisión del proceso (art. 200 C.P.C.). La vigencia absoluta del sistema impide que se cercenen cuestiones de hecho que puedan afectar la visión completa del asunto. Como contrapartida su idoneidad es discutida ya que permite dilaciones al admitirse todo tipo de prueba, y sobre cualquier hecho aún ajeno al litigio. Este es el sistema adoptado por nuestro C.P.C. (arts. 198, 199 y 200 C.P.C.) y que según estudios estadísticos ocasionan la mayor demora en el tramite judicial, por la producción de prueba inconducente, superflua o carente de utilidad.

En cambio, el sistema de precalificación de la prueba atribuye al juez la facultad de evaluar *ab initio* la pertinencia de la prueba, disponiendo en su caso el no ingreso a la litis cuando la considere inconducente inútil o desvinculada del objeto del proceso. Este poder conferido el órgano jurisdiccional puede resultar limitativo del derecho de defensa y conducir a decisiones arbitrarias o a situaciones de prejuzgamiento.

Como se ve, los señalados presentan puntos vulnerables por lo que se propicia un sistema combinado en el que con auxilio de instituciones idóneas al efecto se otorga al juez facultades de inadmisión fundada; tal sucede con la audiencia preliminar prevista en el art. 360 C.P.C N.

Debe recordarse que nos estamos refiriendo, al concepto de admisibilidad formal que importa realizar un análisis desde el punto de vista procesal sobre las condiciones formales establecidas para la

...troducción de la prueba: esto es si lo hicieron los sujetos legitimados al efecto, en tiempo oportuno, si fueron ofrecidas con las formalidades ...queridas por la ley.

Opuesto al de libertad se presenta el sistema de precalificación de la prueba que prevé que no podrá producirse prueba sino sobre hechos que hayan sido articulados (alegados). Así, se otorgan al juez facultades para admitir pruebas cuando fueren improcedentes, superfluas o meramente ...latorias; se trata de poderes del juez que le permiten inadmitir ...armente la prueba.

Las legislaciones modernas adscriben a un sistema intermedio, ...nocido como de preadecuación discrecional que implica otorgar al juez facultades para inadmitir la prueba que no se refiera a hechos fijados con ...ación como objeto de prueba. A ese fin se lleva a cabo una audiencia en la que el juez en colaboración con las partes fijan el objeto de prueba. El antecedente del sistema se encuentra en el derecho canónico mediante "...rmula de dudas", que es un arbitrio procesal de los canonistas para ...ar el objeto de la litis (canon 1507 inc. 1I) [26].

2.6. Principio de buena fe y lealtad procesal

Esta regla no es privativa del momento de la prueba ya que campea todo el desarrollo y vida de proceso. En efecto, su vigencia se refleja en normas que lo consagran expresamente al establecer sanciones para conductas contrarias. Pero en lo referido a la prueba, su establecimiento importará prever normativamente consecuencias probatorias adversas o ...udiciales para la parte que lo transgrede. Su formulación positiva se ...stula en la subregla de colaboración que se traduce en la colaboración ...las partes para obtener el elemento probatorio para el proceso; que la ...ducta no sea evasiva, obstruccionista, o en su caso impeditiva, sino ...r el contrario debe ser de cooperación, y de facilitamiento. Así ...stituyen ejemplos de inconductas, por ejemplo, la ausencia de

(26) El proceso canónico dispone que en las causas difíciles "... las partes han de ser convocadas por el juez, para concordar la duda o las dudas a las que se ha de dar respuesta en la ...ncia" (Canon 1513, inc. 2 1I)

colaboración en las siguientes hipótesis: cuando es requerida a una de las partes un documento que tiene en su poder y no la presenta; cuando el sujeto no se somete a una pericial médica injustificadamente; cuando no exhibe libros de comercio, o cuando no responde al interrogatorio efectuado por el tribunal o cuando desconoce en forma insincera su firma, etcétera (arts. 249, 242 C.P.C.; 622 C.C. y 505 C.Com.). Este abanico de posibilidades, que por cierto no agota las hipótesis posibles, hace que el juez deba analizar en forma conjunta las diferentes actitudes de las partes para obtener argumentos de prueba: "como un todo único". En tal sentido es aceptado por la jurisprudencia y por la legislación que la conducta procesal de las partes constituye un indicio favorable o desfavorable que podrá ser valorado por el juez a través de las reglas de la sana crítica racional al momento de dictar sentencia (art. 316 C.P.C).

2.7. Principio del favor probationes

El principio del *favor probationes* presenta una marcada importancia, ante la existencia de complejas realidades, las que a la vez vienen acompañadas de dificultades probatorias. Esta regla postula que en casos de objetivas dudas o dificultades probatorias (*difficilioris probationes*) deberá estarse a favor de la admisibilidad, conducencia o eficacia de la prueba, flexibilizando en particular el criterio que gobierna el régimen de admisibilidad y eficacia de la prueba indiciaria [27]. Como se advierte, opera en un doble enfoque: flexibilización para apreciar la conducencia de la prueba y amplitud en la admisibilidad de los medios probatorios.

La primera perspectiva es trascendente en aquellos sistemas que no consagran el principio de libertad de objeto y que impone *a priori* la ponderación sobre su conducencia. Ante la hipótesis de duda, pareciera preferible adoptar una tesis amplia y permitir el desarrollo de la prueba aun cuando podría resultar inconducente. Una solución contraria podría llevar a la frustración de un derecho subjetivo que resulte discutido en la litis.

(27) Kielmanovich, Jorge L., *Teoría de la prueba y medios probatorios*, Abeledo-Perrot Bs. As. 1996, p. 60

En cuanto a la aplicación del principio en análisis, para la admisibilidad de los medios rige la misma regla de flexibilización. También se ha observado que por aplicación del referido principio se debe invertir la carga de la prueba en ciertos casos o desplazarse hacia quien se halla en mejor condiciones para probar. Esta postura importa abandonar la regla tradicional que impone el esfuerzo probatorio a quien afirma un hecho o a quien solicita la actuación de la norma a su favor.

Otro supuesto se refiere a la denominada prueba difícil (*difficilioris probationes*) que importa asumir una actitud a favor de la prueba. Tal sucede cuando se trata de acreditar un hecho histórico o antiguo que presente dificultades para su impresionabilidad. Piénsese, por ejemplo, cuando se trata de acreditar un hecho histórico o antiguo que presenta dificultades; por ejemplo si se tratara de prueba documental que podría haber sufrido deterioro; si se tratara de prueba testimonial, la antigüedad del hecho y la segura edad avanzada del testigo harán menos fácil su credibilidad etcétera

3. Necesidad de una teoría general de la prueba

La teoría general del proceso comprende la teoría de la actividad probatoria ya que la prueba constituye una de las actividades más amplias y trascendentes que se cumplen en los procedimientos. Así se ha afirmado que puede sostenerse la existencia de una verdadera ciencia y técnica de las pruebas judiciales [28].

A tal efecto es necesario analizar desde este punto de vista cuáles son los temas que la integran partiendo de una visión unitaria y completa de la teoría general.

A los fines de fijar su alcance deben señalarse cuáles son sus elementos comunes en cada sistema procesal y complementariamente los diferenciales.

Del análisis de los ordenamientos procesales se advierte que regulan en capítulos independientes los distintos medios de prueba, determinando el modo y las condiciones que habrán de cumplirse para que la actividad resulte válida. Es frecuente, además, que la regulación específica de los

(28) Clariá Olmedo, ob. cit., t. II, p. 148.

medios esté precedida de un capítulo de disposiciones generales y comunes a todos ellos. Tal sucede en el C.P.C. (Capítulo IV, Sección 1ª) y en el C.P.P. (Capítulo IX).

Para el correcto tratamiento de este punto resulta necesario establecer los principios generales que rigen la actividad probatoria, sus reglas, la modalidad de sus plazos y los modos previstos para el procedimiento probatorio determinando los momentos de su recepción; además lo que se refiere a la carga de la prueba y a las reglas de valoración admitidas por la ley.

En forma complementaria se señalarán los puntos en que, por razones de política legislativa, de naturaleza o de función, la actividad probatoria se presenta de manera diferenciada.

Un primer aspecto de la cuestión está dado por las circunstancias que permitirán establecer el modo a través del cual el juez va adquiriendo el conocimiento de los hechos. En tal sentido, explicar la formación lógica de los distintos medios de prueba, y la vinculación que entre ellos existe; la base de la prueba compuesta; y, por último, el criterio para la valoración de la prueba en sentencia [29].

Por otra parte, también deberán señalarse las diferencias que se advierten en los ordenamientos adjetivos y que se refieren fundamentalmente a la proposición, admisión, diligenciamiento y criterios de valoración de los diferentes medios de prueba. También manifiesta particularidades la regulación adjetiva de los diversos medios de prueba.

Respecto de la proposición, debe tenerse en cuenta que la prueba puede ser introducida en el proceso tanto por el órgano judicial como por las partes. En efecto, en el proceso civil la iniciativa corresponde exclusivamente al actor o demandado, en tanto que en el penal esta tarea es realizada prevalentemente por el fiscal o juez a cargo de la instrucción. Por último, también se plantean alternativas mixtas, ello sucede, por ejemplo, en el proceso familiar en donde son las partes quienes ofrecen la prueba pero se reconoce además a los órganos judiciales facultad para ordenarlas oficiosamente según las circunstancias..

En cuanto a los sistemas de valoración de la prueba se imponen combinadamente los de sana crítica racional y de pruebas legales.

(29) Alsina, ob. cit., t. III, p. 227

Vinculado a ello puede señalarse que el valor convictivo de algunos medios es diferente, según la naturaleza del hecho que se pretende acreditar. En efecto, la eficacia o valor probatorio de ciertos medios se presentan en forma diferenciada según el caso. Un supuesto típico e ilustrativo es la versatilidad del valor de la prueba de confesión. Así en el proceso dispositivo civil la confesión expresa hace plena prueba y tiene efecto vinculante para el órgano jurisdiccional (art. 226 C.P.C.). Por su parte, la tácita, es decir, la presunta que es la que resulta del incumplimiento de una carga procesal tiene un valor relativo y no basta como único medio de prueba; de tal modo que los hechos y las pretensiones deben ser corroboradas por otras pruebas (arts. 222 y 225 C.P.C.).

En el ámbito familiar las diferencias en cuanto al valor probatorio de este medio de prueba son más acentuadas. En este tipo de procedimiento tiene eficacia diferente según el hecho que se pretende probar. Algunas veces se le reconoce valor pleno; tal sucede cuando el conflicto versa sobre las cuestiones netamente patrimoniales o también cuando se trata del divorcio vincular fundado en la causal objetiva de separación de hecho sin voluntad de unirse por más de tres años (arts. 232,214, y 204 del C.C.). En estos casos presenta idéntico valor que la confesión expresa del proceso civil, esto es que ante la mera invocación de esta causal por parte del actor y el reconocimiento del demandado hacen plena prueba para el juzgador y tal circunstancia exime de producir prueba al respecto; ello sucede por autorización de la ley.

En otros supuestos también en el trámite familiar, se tolera a la prueba de confesión pero no con eficacia de prueba plena, sino que se le atribuye un valor probatorio menguado. En efecto, ello sucede en el caso de divorcio vincular planteado por alguna causal subjetiva: la admisión de la causal por parte del demandado no es suficiente para formar la convicción del juez. Ello no significa que la prueba carezca de valor, sino que en realidad tendrá un valor relativizado, v.gr. el de una prueba indiciaria o testimonial, etcétera.

Por otra parte, en el campo del derecho procesal penal, la prueba de confesión es un medio de defensa y un medio de prueba, y como tal es sometida a mayores restricciones o verificaciones ya que el orden público está interesado en que ella sea rendida en forma cabal garantizando la defensa del imputado y el cumplimiento de los fines del proceso.

En otro orden de ideas referidas a los medios de prueba presentan diferencias tanto en su forma de nominación como en su trámite. Así, por ejemplo, las pruebas de declaración, son denominadas en algunos casos, absolución de posiciones, declaración de parte, indagatoria, etcétera;

además, estas pruebas tienen previsto un procedimiento diferente para su recepción según se trate del procedimiento escrito u oral. En efecto, en el primer caso será recepcionado con trámite verbal y actuado y en el segundo de viva voz ante el tribunal de juicio.

También se presentan particularidades en cuanto a la habitualidad del uso de cada medio en los diferentes procedimientos y en la especificidad de alguno de ellos según la materia. Piénsese, por ejemplo, referido al proceso penal que la declaración del imputado tiene un valor limitado; la prueba de registro y requisa es específica y el secuestro adquiere formas distintivas

En el proceso civil la forma de recepción de las pruebas de declaración es absolutamente formal (confesional y testimonial) y se producen en forma verbal y actuada por lo que en su materialización se asemeja más a una prueba documental que a un verdadero testimonio.

El tema de la carga de la prueba y su regulación de vigencia indudable en el proceso civil, resulta inaplicable en el proceso penal. Recuérdese que la carga de la prueba implica la distribución que la ley realiza de antemano del esfuerzo probatorio referido a las partes; ante el incumplimiento por parte de ellas de la carga de ofrecer y producir prueba incurren en negligencia que perjudicará al incumplidor.

En el proceso penal, en cambio, la iniciativa probatoria incumbe en principio al Ministerio Fiscal quien procura introducir pruebas favorables o desfavorables al imputado ya que el fin que se persigue es la justicia del caso. En consecuencia, no cabe en este ámbito hablar de carga de la prueba sino de poderes-deberes que deben utilizarse con el fin de lograr el esclarecimiento de la verdad.

4. Objeto de prueba

En términos generales, objeto de prueba es aquello que "debe" probarse, esto es los hechos que sirven de base a las pretensiones de los sujetos procesales.

Dicho de otra manera, objeto de prueba es aquello susceptible de ser probado; aquello sobre lo que puede o debe recaer la prueba. El tema puede ser considerado desde un doble enfoque: abstracto o concreto. El primero alude a los hechos que deben ser probado en cualquier proceso hipotético y el segundo se refiere a la prueba de los hechos en un proceso determinado

Desde el punto de vista abstracto, *la prueba comprende en general todo hecho material o inmaterial físico o psíquico que se exhibe como dato del mundo exterior.*

De tal modo podrán ser probados una variada gama de hechos. El "hecho" como objeto de prueba, es entendido en una acepción mas amplia que la estricta del art. 896 C.C.. En efecto, hechos de la prueba son todos los acontecimientos, circunstancias, situaciones o datos a los [illegible]e se les atribuyen la característica de ser jurídicamente relevantes. Puede [illegible]tarse de hechos del hombre o de la naturaleza: así, por ejemplo, puede [illegible]obarse todo "*fenómeno producido en el mundo exterior, susceptible de ser percibidos por los sentidos: también toda circunstancia de la cual la norma deduce una consecuencia [illegible]rídica; no deteniéndose en el hecho material*" [30]. En tal sentido, pueden ser [illegible]to de prueba conductas humanas, estados de ánimo y síquicos; por [illegible]mo, también son susceptibles de prueba los hechos de la naturaleza, [illegible] cosas materiales o cualquier otra manifestación sensible.

[illegible] cambio desde el punto de vista *concreto*, el campo de los hechos [illegible]den ser probados, se circunscribe a aquellos que son de interés [illegible] proceso determinado; en tal sentido, la prueba se reduce a la [illegible]nte y útil en cuanto signifique tema de prueba [31]. Es decir, se trata [illegible]s vinculados a la cuestión debatida, tengan o no relevancia o [illegible]nducentes, útiles para el esclarecimiento de la verdad.

[illegible]a perspectiva, la actividad probatoria girará solamente en torno [illegible]e se discute. Así, las pruebas habrán de versar sobre los hechos [illegible] alguna vinculación directa o inmediata con la materia debatida [illegible] aquellos casos en que la ley prohíba su acreditación

[illegible] específico de la prueba en el proceso civil, en síntesis, son [illegible]grimidos por las partes en sus pretensiones y que han sido [illegible]

[illegible] penal son objeto de prueba "*aquellos hechos provistos de [illegible] determinar la comisión o la imposibilidad de acreditar un delito [illegible] su caso la concurrencia de circunstancias eximentes, atenuantes [illegible] modificar la supuesta responsabilidad criminal del imputado [illegible] perjuicios generados por la comisión de delitos*" [32]

[illegible] de derecho civil. Parte General 2ª ed Abeledo-Perrot Bs [illegible]

[illegible] p 161

[illegible]

En síntesis, el tema de prueba en concreto puede ser delimitado como "*el conjunto de hechos materiales o síquicos, que en sentido amplio, sirven de presupuesto a las normas jurídicas aplicables en cada proceso, en vista de la peticiones o excepciones de las partes o del efecto jurídico perseguido y que la ley exige probar por medios autorizados*" [33].

Finalmente, debe señalarse que no todos los hechos deben ser acreditados y al efecto es menester hacer un deslinde fijando algunas reglas.

El hecho que debe probarse es aquel del cual depende el derecho que se discute o investiga. Por ello, en el sistema civil la prueba no será necesaria si el hecho es admitido por la contraria; deben probarse los hechos controvertidos, que son aquellos que han sido efectivamente negados; es decir, aquellos sobre los cuales pesa una manifestación de voluntad expresa en sentido negativo. No debe considerarse, en consecuencia, hecho controvertido el que fuera invocado por el actor y que no ha sido desconocido expresamente por el demandado. Así sucede -por ejemplo- ante la incontestación de la demanda, la no concurrencia del demandado a la absolución de posiciones, circunstancias que generan una presunción contraria al renuente pero que no eximen al actor de arrimar otros elementos probatorios. En consecuencia, en el proceso civil no deben probarse los hechos aceptados, reconocidos o admitidos por la contraria, los notorios, evidentes y normales y tampoco los hechos presumidos legalmente.

Estas reglas resultan aplicables sólo en el campo de los derechos patrimoniales por lo que presentan diferencias en otros sectores jurídicos. En efecto, en algunos casos aunque los hechos hayan sido admitidos, deben ser demostrados por otra fuente probatoria independiente. Así sucede cuando se invocan circunstancias fácticas de naturaleza indisponible, que aunque sean aceptadas por el perjudicado, su verificación debe ser completada por el tribunal. Tal sucede en conflictos familiares o laborales en los que no rigen las reglas del dispositivo ya que frecuentemente se halla involucrado el orden público.

En el proceso civil el reconocimiento de los hechos fundantes de las pretensiones más el desconocimiento o negativa del derecho aplicable transforma a la cuestión en de puro derecho; su consecuencia

(33) Devis Echandía, ob cit., t. I, p. 165

es que ante la conformidad sobre la plataforma fáctica se omite la etapa probatoria.

Al respecto, Palacio señala que no existen en materia penal las causas denominadas como de puro derecho con los alcances que se le atribuye a esta modalidad en el proceso civil por cuanto no está permitido a las partes la disposición del objeto procesal y siendo por lo tanto no vinculante para el órgano judicial, la admisión de los hechos formulada por el imputado. En tal sentido, resulta imprescindible el cumplimiento de otra actividad destinada a comprobar la realidad de estos hechos y las circunstancias que los rodean [34].

Por último, se señala que el derecho nacional no necesita ser probado por cuanto se presume conocido (art. 20 C.C.). Sin embargo, cuando se invoque y se pretenda la aplicación del derecho extranjero, este sí debe ser acreditado ya que se asimila a un hecho. Piénsese -por ejemplo- si se trata de inscribir un matrimonio celebrado en el extranjero, deberá probarse la forma en que, según la legislación del lugar, este acto se acredita.

La costumbre también puede ser fuente del derecho (art. 17 C.C.) por lo que, en caso de ser invocada, ella deberá ser acreditada, salvo que fuere notoria. Tampoco es necesario probar los hechos evidentes o normales y los notorios.

Respecto de los hechos notorios, Couture enseña que debe distinguirse el concepto de notoriedad con el de generalidad. Un hecho puede ser [illegible] sin ser conocido por todos. Para Carnelutti, *"la notoriedad consiste en la certeza del juez compartida por cierta generalidad de personas o adquirida de determinados modos, es decir, mediante una certeza calificada"* [35].

Cuando se trata de hechos presumidos la exención de prueba se refiere [illegible] hecho o hechos sobre los cuales recae la presunción legal; en consecuencia, será menester probar la existencia del hecho que sirve de [illegible] fundamento a la presunción para que ella resulte operativa. Una presunción legal constituye una proposición normativa acerca de la verdad [illegible] [36]. Las presunciones legales pueden ser absolutas, si no [illegible] prueba en contrario, o relativas si puede producirse prueba en su

(34) Palacio, ob. cit., p. 11

(35) Carnelutti, Francesco, *La prueba civil*, Arayú, Bs. As., 1955, Nº 4, nota 19, p. 16

(36) Couture, ob. cit., p. 226

[illegible] pueda producirse prueba a fin de desvirtuar [illegible]

En lo atinente a los hechos evidentes o los normales no necesitan ser probados porque ellos forman parte del saber privado o del común conocimiento que tiene todo sujeto.

5. Distinción entre medio, órgano y elemento de prueba

El deslinde entre ciertos conceptos probatorios, tales como lo que se ha denominado, elemento, medio y órgano de prueba contribuye a lograr una mejor comprensión de la teoría general de la prueba; ello sucede porque de esta manera se permite que con el empleo preciso de estos conceptos se utilice una terminología con sentido unitario.

Elemento probatorio *"es el dato objetivo que se incorpora al proceso capaz de producir un conocimiento cierto o probable los hechos invocados por las partes"* [37]. Se trata de datos que están fuera del proceso, es decir, pueden provenir del mundo exterior y no son un mero fruto del conocimiento privado del juez.

Los ***medios*** son las vías o caminos legalmente regulados tendientes a lograr el ingreso del elemento de prueba en el trámite judicial. Objetivamente, los medios de prueba se presentan como complejas regulaciones procesales que tienen raíces en el derecho sustantivo. Así, las normas jurídicas prevén y desarrollan en forma nominada diferentes trámites en atención su naturaleza: documental, pericial, testimonial, etcétera.

Por su parte el ***órgano de prueba*** es el sujeto que proporciona el elemento probatorio y podrá realizarlo a través cualquier medio de prueba; es el sujeto quien transmite al juez el dato probatorio (v.gr. testigo, absolvente, perito, etcétera).

6. Procedimiento probatorio

El procedimiento probatorio señala los caminos a recorrer en el desarrollo de la actividad probatoria; son establecidos en los cuerpos formales e indican cómo los sujetos procesales deben proceder para introducir y diligenciar válidamente las pruebas en el proceso.

En tal sentido el procedimiento probatorio va a determinar la forma de la actividad entendida como el esfuerzo que realizan los sujetos procesales a través de los medios que la ley establece a fin de arrimar al proceso elementos que formen la convicción del juez. Se manifiesta como una actividad empírica que desarrollan en el juicio las partes, el juez y en su caso los integrantes del Ministerio Público. Es que *"la ley procesal regula la actividad probatoria como un procedimiento complejo que gira alrededor de los medios de prueba y en función de los elementos de convicción que por dichos medios se habrá de obtener"* (38).

El procedimiento probatorio comprende entonces, la totalidad de las actividades procesales relacionadas con la prueba en sus diversas etapas y fases (39). Se reconocen diferentes momentos: el de la introducción, el de la admisión, el de su recepción y diligenciamiento y, por último, la valoración que es efectuada primero por las partes y luego por el juez.

El procedimiento probatorio está regulado en los códigos formales con normas de carácter general que contemplan el conjunto de formas y reglas comunes a todas las pruebas. Ellas constituyen un referente permanente al que se debe acudir para interpretar las disposiciones especiales que ordenan los distintos medios de prueba y constituyen pues normas que cumplen la función de orientar para el correcto desenvolvimiento de la actividad probatoria.

El procedimiento probatorio se manifiesta como la actividad que los sujetos procesales cumplen en el proceso encaminada a incorporar elementos de prueba. Los ordenamientos formales habitualmente señalan el tiempo u oportunidad en que las partes deben ofrecer la prueba con una dinámica diferente según sea el proceso de que se trate. La ley procesal regula esta actividad estableciendo los poderes y deberes de los sujetos procesales en torno a la prueba, determinando las condiciones de tiempo y modo para su introducción.

La actividad probatoria se encuentra dominada por principios procesales que imperan con mayor o menor vigor durante el procedimiento probatorio. Así el principio de eventualidad impera en la

(37) Vélez Mariconde, Alfredo, *Derecho procesal penal*, Lerner, Cba., 1982, t. I, p. 341.
(38) Clariá Olmedo, ob. cit., t. II, p. 62
(39) Devis Echandía, Hernando, *Teoría general de la prueba judicial*, Zavalía, Bs. As., 1970, p. 274

actividad del ofrecimiento de prueba. Esta directriz aplicada al tema significa que las partes tienen el deber de enunciar y expresar simultáneamente todos los medios probatorios con que cuentan para acreditar sus respectivas pretensiones. Este principio se completa con la regla de la preclusión, ya que de no expresar algún medio probatorio en el tiempo fijado por la ley para ello, la facultad procesal precluye y por lo tanto no podrá ser introducido.

Otro principio que rige la actividad del ofrecimiento y de producción y que se encuentra también íntimamente vinculado al de eventualidad, es el de concentración, como una derivación del de economía procesal. Su vigencia tiende a evitar la dispersión de actividad procesal ya que nuclea en un solo acto la mayor cantidad de actividad de carácter probatorio.

La actividad probatoria se muestra fraccionada en secuencias que configuran *momentos*; se trata de oportunidades procesales que la ley establece para introducir, diligenciar y valorar la prueba en los procedimientos estructurados. Así pueden señalarse en el proceso civil tres grandes segmentos en la etapa probatoria.

El primero de ellos es llamado *introductivo o de ofrecimiento de prueba*; el segundo es conocido como el *del diligenciamiento de pruebas* y por último, el denominado *de valoración o apreciación de la prueba*.

Esta división responde más que a una necesidad científica, a un interés pedagógico, ya que la significación relevante que presenta el tópico reside en que permite descubrir con mayor facilidad el sistema adoptado por cada legislación, al efectuar el análisis particularizado de cada momento.

6.1. Momento introductivo

El ofrecimiento de prueba es un acto de carácter formal que contiene la solicitud de admisión de uno o varios medios de prueba, que se formula por escrito y que va dirigido al juez. Este momento se caracteriza por la preponderancia de la actividad de las partes cuando el sistema es dispositivo. Ello no significa que el juez sea un sujeto absolutamente pasivo, por cuanto deberá analizar si las pruebas fueron ofrecidas en tiempo oportuno y podrá rechazar *in limine* las peticiones formuladas en forma extemporánea. También deberá analizar la regularidad del procedimiento probatorio, es decir, que los medios hayan sido ofrecidos con las formalidades exigidas por la ley. Por ejemplo, el tribunal podrá inadmitir la testimonial ofrecida en juicio ordinario después de los primeros diez días

de abierta la causa a prueba o la absolución de posiciones si no se acompañara el pliego respectivo y la pericial si las partes no hubieran designado los puntos de pericia (arts. 212, 220 y 260 C.PC.).

El ofrecimiento y producción de las pruebas será realizado dentro del período probatorio que varía según sea el tipo de procedimiento de que se trate y siempre dicho término es perentorio fatal y común. Recuérdese que plazo es el espacio de tiempo que la ley concede para cumplir un determinado acto procesal o liberarse de una carga. La fatalidad significa que el plazo caduca o fenece automáticamente por el solo transcurso del tiempo, su conclusión no necesita del acuse de negligencia -actividad de la contraria solicitando su fenecimiento- o declaración del tribunal en tal sentido. También el de prueba es un plazo común, es decir, corre simultáneamente para todos los sujetos procesales y su cómputo comienza a partir de la última notificación efectuada. Por ejemplo, en un juicio en el cual intervengan, además de las partes, el fiscal y el asesor letrado, el plazo de prueba comenzará a correr para todos simultáneamente a partir de la última notificación practicada a cualquiera de ellos.

En el proceso civil, eminentemente dispositivo, el ofrecimiento de prueba es una actividad propia de las partes, quienes tienen la carga procesal de arrimar los elementos de juicio que comprueben la veracidad de sus respectivas pretensiones. La introducción y diligenciamiento de la prueba debe realizarse en la etapa probatoria, salvo la prueba documental y confesional. Estos medios probatorios según disposiciones de la mayoría de los códigos procesales pueden ser ofrecidos hasta el llamamiento de autos para sentencia. Por su parte, la prueba instrumental, debe ser ofrecida con los escritos iniciales del pleito, esto es con la demanda y contestación. Cabe señalar que la etapa probatoria se inicia con el decreto de apertura a prueba y actor o demandado tienen la carga de ofrecer las que estimen necesarias para la acreditación de sus pretensiones.

En cambio, en otros sistemas procesales el ofrecimiento de los elementos probatorios es facultad prevalente de las partes, pero en ella participa también el tribunal, tal sucede en el fuero de familia. Dicho procedimiento se efectúa ante el juez de Familia que actúa como instructor y se diligencia parcialmente ante el mismo y las pruebas oralizadas ante la Cámara en oportunidad del debate. Es decir, son las partes quienes en principio proponen los medios que consideran idóneos para acreditar sus pretensiones dentro de los plazos fatales señalados por la ley al efecto. La regla de fundamento dispositivo no rige en forma absoluta ya que el tribunal también cuenta con facultades para ordenar oficiosamente el

diligenciamiento de algunas; esto sucede aun en el caso que las partes hubieren incurrido en negligencia. Piénsese -por ejemplo- en las pruebas genéticas, en un juicio de filiación que pudieron ser ofrecidas y no diligenciadas por actor o demandado y no obstante ello sin duda el tribunal las ordenará de oficio.

En el proceso penal de carácter mixto y de corte acusatorio en la etapa de juicio, se advierten diferencias en relación a la introducción y producción de la prueba. La delimitación atiende a que los elementos convictivos están destinados a fundar en algunos casos la acusación y en otros la sentencia.

En el primer enfoque, esto es durante la etapa de investigación penal preparatoria, el Ministerio Fiscal, tiene el poder-deber de ordenar toda la prueba que resulte necesaria para formular la acusación; en tanto que las partes y el imputado gozan de la facultad de proponer diligencias probatorias, las que serán despachadas en tanto resulten "pertinentes y útiles". Si el fiscal las denegare, la parte insatisfecha podrá ocurrir por vía de oposición ante el juez de instrucción y el auto denegatorio es apelable (arts. 335 y 344 C.P.P.)

Cabe advertir, por último, que las pruebas que resulten irreproducibles y definitivas deben ser diligenciadas con fiel resguardo del contradictorio ya que podrán fundar la sentencia, por lo que constituyen anticipo de prueba (arts. 308 y 309 C.P.P.).

El segundo supuesto alude a las pruebas que son ofrecidas y recibidas durante el juicio por el Misterio Fiscal y las partes. Por vigencia del sistema acusatorio en esta etapa, el ofrecimiento de las pruebas es una actividad propia del Ministerio Fiscal aunque también puede operarla las parte privada (querellante o actor civil) o el imputado. Es decir, el órgano jurisdiccional carece de iniciativa probatoria, y sólo goza de facultades ordenatorias para despachar las pruebas salvo que sean impertinentes o superabundantes (art. 364 C.PP).

6.2. Momento del diligenciamiento

Este momento comprende los actos de recepción que cumplen las partes y el tribunal conforme a los procedimientos previstos por la ley según sea el medio de prueba ofrecido. Se trata de una fase

eminentemente práctica en la que participan todos los sujetos procesales en un esfuerzo mancomunado. Participan el juez, las partes y miembros del Ministerio Público, en su caso. Su característica principal es la plena actividad tendiente a la acreditación de elementos fácticos necesarios para fundar una sentencia.

Como se ve, el diligenciamiento de las pruebas se manifiesta de diferentes formas según sea el medio probatorio propuesto por las partes u ordenado por el tribunal. Se objetiva, por ejemplo, en la realización de audiencias para escuchar a testigos o absolventes, con el pedido e incorporación de informes, con la agregación de documentos, con la actividad de los peritos, etcétera.

Como dijimos, en el sistema civil son las partes quienes deben proponer las pruebas y también ellas son las que deben instar su diligenciamiento o recepción. Esto es, deben ser diligentes en su producción. Si bien la negligencia como institución no está regulada en forma expresa en el C.P.C., se efectiviza por la vigencia de plazos fatales. En caso de que las pruebas no hayan sido ofrecidas, producidas y diligenciadas en término puede operarse la caducidad o pérdida del derecho.

En este orden de ideas nuestro Código Procesal Civil y Comercial establece en su art. 212: «... Toda medida probatoria, con excepción de la confesional y documental, deberá ser ofrecida, ordenada y practicada dentro del plazo de prueba. A los interesados les incumbe urgirla para que sea practicada oportunamente...".

El concepto de negligencia probatoria tiene estricta relevancia en el campo del proceso civil, no rigiendo para el proceso penal ya que impera el impulso procesal de oficio.

[illegible]éndonos a las condiciones de modo de la actividad probatoria, [illegible] su realización es por regla general la sede del tribunal; su [illegible] que debe realizarse en principio en días y horas hábiles [illegible] existe la posibilidad de que el juez disponga la realización [illegible] fuera de la sede de aquél cuando las circunstancias [illegible] por ejemplo, cuando se lleva a cabo una inspección [illegible] se dispone la recepción del testimonio de una [illegible] edad avanzada en su domicilio (art. 307 C.P.C.), [illegible] tribunal ordenar el diligenciamiento de pruebas [illegible] de actuación, habilitando al efecto la oportunidad que exijan las circunstancias del caso (art. 44 C.P.C.)

Resta aclarar y advertimos, que el procedimiento probatorio difiere en su tratamiento en los cuerpos formales modernos [40].

La estructura procedimental de este tipo, se basa en lineamientos que responden a los principios de inmediación concentración y al otorgamiento de amplias facultades del juzgador, quien asume el rol protagónico de director del proceso. En este sentido las normas procesales atribuyen a los jueces verdaderos poderes-deberes para el esclarecimiento de los hechos [41].

Cabe señalar que el mayor activismo del juez, no afecta la imparcialidad propia de la jurisdicción que es neutral por esencia. En este sentido se ha dicho que *"en el campo de las pruebas, la pretendida neutralidad del juez no es necesariamente una consecuencia del poder dispositivo de las partes acerca del objeto del juicio, puesto que los poderes reconocidos al órgano para el esclarecimiento de la verdad de los hechos en controversia operan siempre dentro del marco de las alegaciones de las partes"* [42]. A ello puede agregarse que si el juez dispone oficiosamente una prueba, difícilmente conocerá de antemano a cuál de las partes beneficia; en realidad, nutre y contribuye al proceso mismo al esclarecerse la verdad y así obtener una sentencia justa.

6.3. Momento de valoración de la prueba

La valoración de la prueba es el análisis crítico e integral del conjunto de elementos de convicción reunidos y definitivamente introducidos en el proceso con la actividad práctica anteriormente cumplida; análisis que persigue la obtención, como resultado, de un juicio final de certeza o probabilidad con respecto al fundamento práctico de las pretensiones hechas valer [43]. En otras palabras, la valoración consiste en un análisis

(40) Constituyen ejemplos de estos ordenamientos el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica de 1988, el Código General del Proceso de la República Oriental del Uruguay, ley 15 982 de 1988/1989.

(41) El Código General del Proceso contiene normas que otorgan al juez la potestad para ordenar oficiosamente pruebas tendientes al esclarecimiento de la verdad de los hechos controvertidos (arts. 24, N[os] 4, 5 y 6, 139 2, 144 1, 344 3, 346 5).

(42) Berizonce, Roberto, *Derecho procesal civil actual*, LEP Bs As., 1999, p. 406

(43) Clariá Olmedo, ob. cit., p. 188

lógico, técnico y jurídico de los elementos de convicción que significa una tarea intelectual que realizan las partes y el juez.

Las fases anteriores, es decir el momento introductivo y del diligenciamiento, son eminentemente prácticas, en cambio, la de valoración se presenta como una tarea de carácter intelectual

El tema de la eficacia de la prueba es abordado por las partes y por el tribunal en dos oportunidades bien diferenciadas. Así la valoración de la prueba es efectuada por las partes en la etapa discusoria; en tanto que el juez o tribunal lo hará en la etapa decisoria. Esto es así, ya que recién en oportunidad de la sentencia es cuando el juez se encuentra en situación de poder conocer exactamente el resultado de las pruebas producidas, apreciándolas en su conjunto.

La discusión por las partes se formaliza a través de alegatos o de informes en los que vertirán argumentaciones favorables al fundamento de sus respectivas pretensiones, con el propósito de convencer al tribunal En esta oportunidad la partes realizaran el análisis de los elementos de prueba introducidos en el proceso tratando de demostrar el éxito de sus respectivas posturas y también podrán realizar reconocimientos. El tribunal, [illegible] en esta secuencia un actitud pasiva.

[illegible] valoración por parte del tribunal se realiza en oportunidad de [illegible] en este momento realiza una tarea de selección de los elementos [illegible] en relación con lo que ha sido motivo de controversia por las [illegible] fin de fijar definitivamente los hechos para luego aplicar el derecho. [illegible] hechos por el juez, comienza una tarea de selección de [illegible] probatorios. Así cada medio de prueba es susceptible de [illegible] individual, pudiendo en algunos casos determinar la [illegible] solamente uno de ellos (prueba tasada). Claro que es [illegible] fícilmente pueda el juez fundar su sentencia sobre la [illegible] prueba aportada.

[illegible] oración de la prueba no es único sino que por el [illegible] el caso de que se trate. De cualquier manera, [illegible] síntesis las diversas operaciones sensoriales o [illegible] tribunal.

[illegible] rtos medios de prueba tienen carácter de [illegible] un contacto inmediato del magistrado con [illegible] que otros, a falta de contacto directo, acuden a una [illegible] ón o representación de los motivos de prueba; y que otros, por [illegible] alta de comprobación directa o representación

se apoyan en un sistema lógico de deducciones e inducciones [44]. El procedimiento más eficaz, por cierto, es el enunciado en el primer caso, cuyo ejemplo más ilustrativo es el de la inspección ocular en donde el juez toma contacto directo con los elementos de prueba. La representación o reconstrucción se puede producir de diferentes maneras: así, por ejemplo, mediante la utilización de documentos (prueba documental o instrumental) o mediante la declaración de personas (testigos o absolventes). En esta actividad del juez lo más importante es la tarea deductiva-inductiva que, en la mayoría de los casos, debe realizar tratando de reconstruir los hechos mediante deducciones lógicas. En esta última tarea habrá de tener especial cuidado en no incurrir en vicios del razonamiento, y podrá apoyarse en su examen en las reglas de la experiencia.

Para concluir, señalamos que en esta fase de la actividad probatoria se impone agudizar el raciocinio del juez y se requiere equilibrio emotivo e independencia moral, lo que significa el mantenerse en un estado de libertad espiritual e intelectual suficiente para no vincularse con elementos extraños a la causa. Así, la certeza moral del juez debe derivar de los hechos examinados, de las pruebas efectivamente aportadas y diligenciadas y no de elementos sicológicos internos del juez [45]

Es claro que el razonamiento del juez tiene que contar con el apoyo de las disposiciones legales correspondientes, sean éstas de carácter sustancial o procesal. Queremos decir que fijados y acreditados los hechos de la causa, la última tarea del tribunal será la subsunción de éstos dentro de las normas positivas vigentes.

Por último, cabe señalar que los modernos cuerpos procesales también presentan aires de renovación en lo relativo a la valoración de las pruebas. La tendencia se manifiesta *"en la atenuación del régimen de las pruebas tasadas (v.gr. sustitución del juramento decisorio, supresión de las tachas legales); con el consiguiente incremento de libertad de apreciación del juez. La libre apreciación, sin embargo, no justifica la arbitrariedad; la exigencia del contradictorio impone descender a una apreciación y motivación analítica de los singulares medios de prueba"* [46].

(44) Couture, ob. cit., p. 264
(45) Clariá Olmedo, ob. cit., t. II p. 195
(46) Berizonce, ob. cit., ps. 408/9

7. Carga de la prueba

El tema de la carga de la prueba procura dar respuesta al interrogante de ¿a quién corresponde probar los hechos generadores de las pretensiones deducidas?

La carga de la prueba en sentido estrictamente procesal es la conducta impuesta a uno o ambos litigantes para que acrediten la verdad de los hechos enunciados por ellos [47].

La teoría de la carga de la prueba se ocupa de establecer reglas para su distribución entre las partes de un proceso, con miras a un pronunciamiento que les sea favorable. Es decir, establece directrices que indican de antemano el deber de probar según sea la posición que el sujeto tenga en el juicio.

No existe una regla única para atribuir la carga de la prueba ni un principio general y absoluto que permita resolver todas las cuestiones que se presentan vinculadas al esfuerzo probatorio. El principio de *onus probandi*, permite obtener una decisión sobre el mérito del asunto.

Como punto de partida se toma un principio que se formula de la siguiente manera: "a cada una de las partes le corresponde producir las pruebas de sus respectivas afirmaciones". En este sentido se han formulado algunos aforismos clásicos que intentan dar respuesta al tema, tales como "*onus probandi incumbit actores*", "*actore non probante reus absolvitur*", "*incumbit probatis qui dicit non qui negat*", etcétera

Pero esta regla no resulta suficiente por sí sola y ante ciertas situaciones es necesario acudir a otras complementarias u otras formulaciones gestadas en el campo del derecho de las obligaciones. Así se acude a la distinción de los hechos constitutivos, impeditivos, modificativos y extintivos

En principio, se expresa, que incumbe al actor la prueba del hecho [illegible]tutivo de su derecho; en tanto que corresponderá al demandado [illegible] los hechos impeditivos, modificativos y extintivos. Sin embargo, [illegible] que estos principios no son absolutos y en ciertas [illegible] un hecho modificativo, impeditivo o extintivo puede servir [illegible] una demanda de tal modo ellos deberán ser acreditados

(47) Couture, ob. cit., p. 246

[illegible] actor ante. Estos principios pueden resumirse en la siguiente formula: "[illegible] es a cargo de quien lo alegue la prueba de la existencia del hecho en que se funde [illegible] derecho cuyo reconocimiento se pretende o que impida su constitución o modifique [illegible] extinga un derecho existente" [48].

Estos principios son receptados en la formula del art. 377 del Cód[illegible] Procesal de la Nación, que establece que "Incumbirá la carga de la prue[illegible] a la parte que afirma la existencia de un hecho controvertido o de [illegible] precepto jurídico que el juez o tribunal no tenga el deber de cono[illegible] Cada parte deberá probar el presupuesto de hecho de la norma o norm[illegible] que invocare como fundamento de su pretensión, defensa o excepció[illegible]

Conforme el precepto se formula la siguiente regla: cada parte debe probar los presupuestos de hecho contenidos en la norma cuy[illegible] aplicación solicita o que se invoca como fundamento de su pretensi[illegible] estimatoria o desestimatoria.

Cabe señalar que en caso de que existan elementos probatorios suficient[illegible] no será relevante para el juez determinar quién los aportó; en cambio ant[illegible] falencia en el aporte de pruebas, el juez sí deberá determinar quien ha [illegible] negligente pues su actitud omisiva le producirá consecuencias adversas.

El tema de la carga de la prueba, esto es a cuál de las partes correspo[illegible] suministrarla, se presenta en diferentes momentos y con un doble enfoqu[illegible] En primer lugar funciona como una regla de conducta *a priori* para las part[illegible] quienes tienen la carga de aportar las pruebas en que basan sus pretension[illegible] Es decir, actor y demandado analizan cuál es su deber probato[illegible] inmediatamente después de abierta a prueba la causa.

En cambio, para el juez la carga de la prueba se plantea *a posteriori* [illegible] decir el órgano jurisdiccional analizará a quién correspondía probar re[illegible] momento de dictar sentencia y sólo ante ausencia o insuficiencia de pru[illegible]

En definitiva, se tata de un problema de aplicación del derecho [illegible] se manifiesta a través de reglas flexibles que surgen de diferentes prin[illegible] procesales y disposiciones legales que deberán tener en cuenta las p[illegible] en el momento de iniciativa y producción probatoria y el juez [illegible] oportunidad del dictado de la sentencia.

En el ámbito penal, no es propio hablar de carga de la prueba. [illegible] así, ya que rige el principio de inocencia, por lo que el imputado [illegible]

(48) Alsina, Hugo, *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial*, Ediar [illegible] 1961, t. III, p. 257

[illegible] aunque está facultado para ofrecer la que estime pertinente y útil [illegible] defensa de sus intereses. Por su parte, el órgano judicial encargado de la investigación deberá hacerlo atendiendo a los fines públicos del proceso, que le señalan el deber de investigar aun a favor del imputado. Corresponde al Estado en consecuencia, por medio de sus órganos autorizados realizar el esfuerzo tendiente a demostrar la responsabilidad penal, teniendo los órganos judiciales el deber de investigar las circunstancias eximentes y [illegible] atenuantes de responsabilidad que el imputado invoque a su favor, pues su actuación debe ser presidida por un criterio objetivo [49].

En el caso de que participen particulares en calidad de querellante o [illegible]lmente demandados, ellos sí deberán realizar un esfuerzo probatorio. Si se trata de una pretensión de contenido patrimonial, regirán al respecto [illegible]letoriamente las reglas establecidas para el proceso civil.

Por su parte, las leyes de fondo establecen lo que se ha denominado [illegible] *de la carga probatoria*; esto significa que atendiendo a particularidades [illegible] en una norma legal, se adjudican determinadas consecuencias [illegible] si se acredita el hecho que es su antecedente. Ello ocurre siempre [illegible] la ley se establece una presunción *iuris tantum*, que consiste en dar [illegible] existente o inexistente un hecho si concurre con otro antecedente. [illegible] versión de la carga de la prueba encuentra su fundamento en [illegible] ones legales consagradas *a priori* que imponen a la parte contraria [illegible] a quien afirma el hecho (constitutivo, impeditivo, modificativo o [illegible]tivo) el realizar el esfuerzo de arrimar prueba al proceso. Tal sucede [illegible] campo de la responsabilidad extracontractual por daños que [illegible] mpla el art. 1113 C.C.. En efecto, si el daño es causado con la cosa, [illegible] plo un automóvil que atropella a un peatón, éste resulta [illegible] con la inversión de la carga de la prueba, ya que sólo bastará [illegible] actora acredite la intervención de la cosa -automotor- para [illegible] responsabilidad resarcitoria del demandado; por su parte, el [illegible] para eximirse de la responsabilidad objetiva que le endilga la [illegible] acreditar la culpa de la víctima, el caso fortuito o la culpa [illegible] el que no tiene que responder.

(49) Cafferata, José I. y otros, ob. cit., p. 297.

7.1. Teoría de las cargas probatorias dinámicas

La teoría de la carga de la prueba presenta planteos diferenciados de la formulación clásica. Estas innovaciones apuntan a obtener un pronunciamiento justo, equitativo y razonable dadas ciertas circunstancias. La nueva formulación encuentra raíces en razones de estricta justicia, atendiendo a los fines sociales del proceso y a la obtención de la verdad jurídica objetiva. Importa un desarrollo particular de principios comunes, específicamente de los de buena fe y lealtad procesal, expresados a través de la regla de colaboración.

Esta nueva formulación es conocida como "la teoría de cargas probatorias dinámicas" que se basa en una visión solidarista de la carga de la prueba [50].

El derecho procesal clásico, como se ha expresado, elaboró reglas que especificaron a quien le correspondía el *onus probandi*. Para esto se utilizó la clasificación de los hechos realizado en el derecho sustantivo referido a las obligaciones; se diseñan así, reglas que tratan la problemática como si fuera algo "estático". Esta postura se aleja de la sostenida por Goldschmidt, para quien la teoría del proceso debía ser considerada en forma dinámica, en virtud de los fenómenos procedimentales [51].

Morello esboza las directivas que vienen predicándose en torno a una teoría general de la carga de la prueba y advierte que en ciertos casos los postulados clásicos, deben ser reestructurados. Señala que la regla tradicional que postula que el actor debe probar los hechos afirmados, y el demandado los que sirven de fundamento de su excepción, si es aplicada rígidamente, en ciertos casos conduce a una resolución injusta. Propicia al efecto cambiar las reglas de la carga probatoria en el sentido de atribuirla atendiendo a la posición de los sujetos con relación a la posibilidad de suministrar el elemento probatorio; esto es, a la mayor

(50) Peyrano, Jorge - Chiappini, Julio O., "Lineamientos de las cargas probatorias dinámicas", E.D. 107, p. 1005, Morello, Augusto M., "Hacia una visión solidarista de la carga de la prueba (La cooperación al órgano, sin refugiarse en el solo interés de la parte)", E.D. 132 p. 953.

(51) Peyrano - Chiappini, ob. cit. en nota anterior.

facilidad para aportarlo. De allí su denominación de dinámica [52]. Se trata de una exigencia que deriva del deber de colaboración y de los poderes del juez, que se incrementan con la atribución de imponer a una de aquéllas, en supuestos de excepción preceptivamente enmarcados, la carga probatoria sobre hechos que en el juego normal del principio tradicional no le hubiera correspondido afrontar [53].

La praxis ilustra que existen controversias en las que hay disparidades en lo que se refiere a la posibilidad de las partes para acercar el elemento probatorio; se traduce en dificultades para uno de los contendientes, que conforme las reglas tradicionales es quien debía probar y, correlativamente, se advierte la facilidad para proporcionarla a quien no le correspondía. Ello ocurre, o por especiales conocimientos de las circunstancias del hecho a probar, o por razones de habitualidad, o por el menor costo en la tarea de aportar la prueba. Atento a estas circunstancias se impone un desplazamiento de la carga de la prueba en [illegible] del sujeto que conforme las reglas tradicionales no le correspondía [illegible] Así sucede por ejemplo en los supuestos de mala praxis médica [illegible] por las circunstancias del caso los documentos probatorios -historia [illegible] obran en poder del presunto responsable (clínica o médico [illegible]dos), Como se ve, en estas cuestiones sucede que aunque [illegible]ente quien debería realizar el esfuerzo probatorio sería el actor, [illegible]tendido que debe hacerlo el demandado porque se encuentra [illegible]ores condiciones para ello.

Expuestas estas concepciones, podemos afirmar que los postulados [illegible] doctrina tradicional, son aplicables a la mayoría de los casos, pues [illegible] quien alega un hecho cuenta con los medios para acreditar [illegible] es decir dispone de la fuente de prueba o tiene a su alcance [illegible] para acreditar los hechos. Sin embargo, esa regla es flexible y [illegible] variaciones asentadas por especiales circunstancias de [illegible] habitualidad o de profesionalidad o también, como se [illegible] por tener la prueba a mano.

[illegible] Código Procesal Civil y Comercial para la Provincia de [illegible] Mario Augusto y Kaminker, M., establece en su 2º párrafo: [illegible]as en esa norma se adecuarán, asimismo, a una mayor [illegible] las partes, según sea a éstas más cómodo aportar las [illegible] de los hechos controvertidos o si, por razón de la [illegible]ndiciones, la atención de la carga ha de entenderse que [illegible]

8. Admisibilidad de la prueba

El concepto de admisibilidad de génesis netamente procesal, también resulta de aplicación para el campo del derecho probatorio en todos sus ámbitos.

Se trata de un juicio formal en donde el órgano jurisdiccional se limita a verificar si los proponentes se encuentran legitimados y si han cumplido con los elementos modales para su admisión.

Así el juez admitirá o no la prueba cuando ella no reúna las condiciones de lugar tiempo y modo establecidas en la ley y esta inadmisión alcanzará a los diferentes sujetos procesales según sea el sistema en que se efectúa.

Cabe señalar que la admisibilidad del elemento probatorio consiste en un análisis formal con base en el derecho procesal sobre las circunstancias de tiempo, de modo y de lugar; así refieren al tiempo u oportunidad para que la prueba sea admitida a las formalidades, es decir, esto es si se han cumplido con los requisitos impuestos por la ley para cada medio. Vgr. en el proceso civil la absolución de posiciones debe ser ofrecida acompañando el pliego caso contrario será inadmitido (art 220 C.PC.). También el órgano jurisdiccional deberá analizar si el sujeto que ofrece la prueba está legitimado para ello.

En sentido genérico, la admisión comprende tanto la aceptación del medio como la orden de practicar; por lo que admitir y decretar la prueba son conceptos idénticos. En un enfoque más estricto, se advierte que una cosa es la admisión y otra es la ordenación de la prueba.

Por ello es más preciso decir que "*la admisión es el acto procesal por el cual el juez accede a que un medio de prueba determinado sea considerado como elemento de convicción en ese proceso y ordena agregarlo o practicarlo según, el caso*" [54] Como se ve, la admisibilidad de la prueba se vincula al principio de legalidad, esto es posibilidad jurídica del medio ofrecido o dispuesto para practicarla, o a la circunstancia del tiempo y la forma de su ofrecimiento o agregación [55]. Si la prueba no supera este examen, el juez debe rechazarla o negar su admisión u ordenación.

Por otra parte, configuran supuestos especiales, las pruebas excluidas o prohibidas; por ejemplo, resulta inadmisible el testimonio en contra

(54) Devis Echandía, ob cit., p. 282
(55) Palacio, ob cit, p. 30.

...l imputado, de su cónyuge, ascendientes, descendientes o hermanos (art. 220 C.PP).

La regla de la exclusión probatoria determina que aun cuando la prueba reúna los requisitos relativos a su pertinencia, utilidad y admisibilidad, los órganos judiciales deben desecharla como fundamento de sus resoluciones frente al caso de que aquéllas hayan sido incorporadas al proceso como consecuencia de un acto reñido con la vigencia de garantías constitucionales (v.gr allanamiento sin orden del juez, interferencia ilegítima ...l teléfono, etcétera) [56].

9. Sistemas de valoración de la prueba

La doctrina distingue tres sistemas fundamentales de apreciación de la ...a y que son: el de las pruebas legales, el de la sana crítica racional y ... la libre convicción.

9.1 Sistema de pruebas legales

...sistema de las pruebas legales es aquel en el cual la ley fija reglas ...tas preestablecidas que le señalan al juez la conclusión que ...mente debe aceptar en presencia o por la ausencia de determinados medios de prueba [57]. El fundamento de este sistema ...vo está dado por una construcción artificial y técnica adjudicada ...ley en virtud de las reglas de la experiencia. Por una cuestión de ... jurídica, el legislador impone al juez moldes de elaboración ...dos para integrar criterios de certeza atendiendo a la seguridad ... Clariá expresa que cuando los elementos de prueba adquiridos ... reúnen determinadas condiciones, el juzgador debe darse ... lo que se conoce por prueba legal positiva [58].

[illegible]
[illegible] t. I, p 84
[illegible] t. II, p 200

Este sistema tiene su origen en la vieja legislación española y fue adoptado enfáticamente en la época de la Inquisición. Sin embargo, con la evolución del derecho procesal como ciencia se atemperó su vigencia pero no ha sido excluido en forma absoluta de nuestros códigos y, en general, subsiste en forma combinada con el de la sana crítica racional.

Así, por ejemplo, entre nosotros se impone el sistema de las pruebas legales, referido al valor de los instrumentos públicos, a la forma de acreditar el nacimiento, la defunción o el cambio de estado de las personas y también a la fuerza probatoria que tiene la confesión expresa, etcétera.

Para concluir el tema, señalamos que el sistema de pruebas legales pone un límite a las facultades del juez en la búsqueda de la verdad.

9.2. Sistema de la sana crítica racional

Este sistema es el de mayor vigencia y actualidad en los códigos modernos. Los principios de la sana crítica se traducen en reglas del correcto entendimiento humano. Así, el juez utilizará para la valoración de la prueba las reglas del pensamiento humano (reglas de la lógica) y las combinará necesariamente con las reglas de la experiencia.

Las reglas de la lógica son permanentes y únicas; siempre son las mismas, porque *la lógica* supone estructuras vacías que valen para todos los contenidos. Estos postulados funcionan *a priori* e independientemente de la experiencia y se presentan en el raciocinio como necesarias, evidentes e indiscutibles [59]. Las reglas de la lógica nos brindan los instrumentos (métodos y principios) para distinguir el buen -correcto- razonamiento del malo (incorrecto) [60]. Los principios de la lógica clásica son: el principio de identidad, el de no contradicción, de razón suficiente y del tercero excluido.

El de *identidad* se presenta cuando en un juicio el concepto sujeto es idéntico, total o parcialmente, al concepto predicado; entonces el juicio se considera necesariamente verdadero. Es decir, el hecho predicado en la norma es igual al hecho acreditado (por ejemplo: la norma establece «el que debe tiene que pagar y se acredita que Juan debe).

(59) De la Rúa, Fernando, *Teoría del proceso*, Depalma, Bs. As., 1991, p. 54.
(60) Copi, Irving M., *Introducción a la lógica*, Eudeba, Bs. As., 1982, p. 3.

La *contradicción* postula que dos juicios opuestos entre sí, en una [illegible]ón contradictoria no pueden ser ambos verdaderos (por ejemplo: [illegible] daño o no se ha producido el daño).

El *tercero excluido* enseña que dos juicios opuestos entre sí [illegible]tradictoriamente no pueden ambos ser falsos, por lo tanto uno es [illegible]rdadero y no hay posibilidad de otro juicio distinto (para ejemplificarlo [illegible] válida la hipótesis utilizada anteriormente: hay daño o no se ha [illegible]ducido el daño).

La *razón suficiente* demuestra que todo juicio para ser realmente verdadero [illegible] una razón suficiente que justifique lo que en el juicio se afirma o [illegible] con pretensión de verdad. La suficiencia de la razón supone, además, [illegible]rvar las leyes de la psicología y las normas de la experiencia común [illegible]

La lógica y la experiencia deberán ser aplicadas por el juez en la [illegible]ión de la sentencia, pero es de destacar que ellas no deben implicar [illegible]alidad o arbitrariedad. Así, la motivación de la sentencia debe [illegible]ada y presentarse como una garantía para el justiciable. Ricardo [illegible]resa que *«para que la fundamentación sea válida debe ser a la vez expresa, [illegible]ta, legítima y lógica"*. La sentencia está formada por una serie [illegible] argumentos, razonamientos y decisiones que culminan en [illegible]al que constituye el dispositivo en el cual se expresa el [illegible]to jurisdiccional. Para ello, como dijimos, el juez utilizará [illegible]na crítica racional para luego aplicar el derecho.

[illegible] de este método de valoración, el juez tiene libertad [illegible]terio selectivo sobre la eficacia de la prueba y puede [illegible]gar de otra, con el límite de no incurrir en arbitrariedad.

9. [illegible] de libre convicción

[illegible]ración tiene sentido histórico y escasa vigencia, [illegible] utilizan los jueces de paz legos o no letrados.

[illegible]porta que el juez no debe imperativamente basarse [illegible] ni en los medios de información que pueden ser [illegible] hasta podría el juzgador utilizar conocimientos

[illegible] ob. cit., p. 155

[illegible] su saber privado [62]. Se trata de un criterio de conciencia, propio de los jueces legos constituidos en tribunal colegiado (jurado popular) [63].

A diferencia de los otros sistemas expuestos, no se impone de antemano al juez el valor de ciertos medios de prueba; tampoco se le exige una crítica razonada de los hechos. Es que en realidad el juez que debe resolver, conforme a este criterio de valoración, lo hará *ex aeque et bonus*, esto quiere decir que sentenciará conforme a su leal saber y entender o como un buen padre de familia.

Por ello, expresa Couture que *«basta en estos casos con que el magistrado afirme que tiene la convicción moral que los hechos han ocurrido de tal manera sin necesidad de desarrollar lógicamente las razones que le conducen a la conclusión establecida»* [64]. Conforme este sistema de valoración de la prueba, el juez, en definitiva, fallará la controversia fundándola en su propia discrecionalidad.

Cabe señalar, por último, que en cierta materia en los procesos denominados de coexistencialidad se autorizan criterios de valoración tributarios de la equidad. Tal sucede -por ejemplo- modernamente en las previsiones de la justicia de pequeñas causas y también para la resolución de ciertos asuntos de familia.

10. Medios de prueba

Hemos conceptualizado los medios de prueba como las vías o trámites legislados a través de los cuales se introduce en el proceso el elemento probatorio. Así pues, medio de prueba es el camino que han de recorrer las partes para incorporar el elemento de prueba.

En general, puede decirse que los medios son los modos regulados por la ley procesal como vehículo de prueba. Ellos se manifiestan a través de la actividad que realizan el juez y las partes tendientes a la comprobación de los hechos controvertidos que sirven de fundamento a las pretensiones esgrimidas por los contendientes.

(62) Couture, ob. cit., p. 273
(63) Clariá Olmedo, ob. cit., t. II, p. 198
(64) Couture, ob. cit., p. 274

El Código Procesal Civil (Título I, Cap. IV) bajo el título «Disposiciones Generales», establece reglas aplicables a todos los medios de prueba. Su articulado contiene principios generales de la actividad probatoria y disposiciones comunes de aplicación a todo el procedimiento probatorio. A su vez, en capítulos sucesivos contempla los medios de prueba tradicionales, bajo el nombre de prueba documental, confesional, testimonial, pericial, informativa, presuncional y reconocimiento judicial.

En el ámbito del proceso penal, el ordenamiento respectivo prevé en el Título VI, Capítulo IX, los medios de prueba, regulándose en la Sección Primera, reglas generales y en las sucesivas la inspección y reconstrucción, el registro y requisa, secuestro, testigos, peritos, interpretes, reconocimientos y careos. La sistemática utilizada por el legislador presenta especificidades que no pueden señalarse como carencia de rigor técnico, [illegible] que se trata de instituciones de características mixtas. En efecto, se [illegible] medios de prueba que a la vez, presentan efectos cautelares; [illegible] el registro, requisa y secuestro que son medidas conservatorias [illegible] Por otra parte existen medios de prueba no autónomos que [illegible] complementarios o auxiliares de otros, tales como la actividad de los [illegible] y careos, que constituye una técnica que se utiliza para [illegible] testimonios.

[illegible] señalar, que la declaración del imputado puede constituir prueba [illegible] Así se ha dicho que "*no se descarta la posibilidad de computar como* [illegible] *la declaración del imputado, cuyo carácter de medio de defensa no* [illegible] *eventualmente, una confesión*" (65).

[illegible] Clasificación de los medios de prueba

[illegible] prueba se clasifican atendiendo a diferentes criterios. [illegible] que conducen y al tiempo de producción. [illegible] divide a los medios en directos o indirectos según [illegible] constituido por el hecho mismo a probar o por uno [illegible] serán directos o indirectos según sea el contacto

(65) [illegible], ob. cit., p. 24.
(66) [illegible], Lino E., *Derecho procesal civil*, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1984, t. IV, p. 323

que tenga el magistrado con el objeto de la prueba o, dicho de otra manera, por la forma de conocer que tenga el juez de los hechos.

Serán directos cuando el juzgador perciba el hecho objeto de prueba sin intermediarios, por la simple percepción de sus sentidos; por ejemplo, tal sucede con la prueba de reconocimiento o inspección ocular en las que el juez observa, sin intermediarios los hechos a verificar. En cambio, en los indirectos lo que percibe el juzgador es un hecho diferente que le sirve de antecedente para deducir el hecho que se trata de probar, es decir le suministra razones (por ejemplo, la prueba presuncional, la testimonial, etcétera).

El *segundo criterio* tiene en cuenta el resultado del procedimiento probatorio, es decir se atiende al grado de convicción logrado por el juez con la información obtenida con la prueba.

En tal sentido puede suceder que un solo medio de prueba sea capaz de lograr el convencimiento total del juzgador. En este caso estamos en presencia de lo que se llama prueba plena, perfecta o completa. Ella es la que da certeza por sí sola sobre la existencia o inexistencia del hecho a probar; en otras palabras, basta por sí sola para decidir y fundar una resolución (por ejemplo la prueba de confesión expresa). Pero cabe señalar que es difícil que el juez logre fundar su sentencia con un solo medio de prueba. Lo común es que la convicción se logre por varios medios que se complementan entre sí. Estaremos en este caso en presencia de pruebas imperfectas, incompletas o compuestas; como la terminología lo indica, se trata de una prueba insuficiente por sí misma para crear en el espíritu del juez la persuasión de la verdad o para fundar un juicio. Es así que del conjunto de ellas el juzgador puede inferir como probable la existencia del hecho o al menos como verosímil. Estas pruebas actúan complementariamente y ayudan a formar la convicción del juez en su conjunto

El *último criterio* atiende al momento en que la prueba es adquirida para el proceso. Sabemos que la regla general es que los elementos probatorios deben incorporarse a la litis dentro del período de prueba. Pero hay casos específicos en que las partes pueden proponer medidas de prueba antes de entablar la demanda o después de clausurado el término probatorio. En rigor, la actividad probatoria es tan amplia que se manifiesta en todos los estadios procesales, esto es en la etapa preparatoria, en la etapa de introducción de las cuestiones, en la de prueba propiamente dicha y en la de las alegaciones.

10.2. Medios de prueba en particular

Para concluir el tema de la teoría general de la prueba, describiremos y caracterizaremos de modo sucinto los medios ya que su estudio completo y sistemático excede el objeto de conocimiento de nuestra asignatura

Los medios de prueba, sea cual fuera su naturaleza, son los instrumentos acordados por el legislador para incorporar al proceso el dato probatorio. Dicho de otro modo, "*medio de prueba es todo aquel elemento que sirve, de una u otra manera para convencer al juez de la existencia o inexistencia de un dato procesal determinado; el concepto encierra en sí mismo una multitud compleja de fenómenos concretos*" [67]. En conclusión, medio de prueba es el procedimiento establecido por la ley tendiente al ingreso del elemento de prueba al proceso.

Los ordenamientos procesales regulan los medios clásicos de prueba: así la confesional, la documental, la testimonial, la pericial, la inspección [illegible]lar o reconocimiento judicial, la presuncional y la informativa, etcétera Esta enunciación no es taxativa y no importa la exclusión de otros que no [illegible]entran regulados específicamente, a los que podríamos denominar [illegible]convencionales o innominados. También las leyes contienen [illegible]almente reglas a fin de incorporar al proceso esta última categoría [illegible]dios probatorios no previstos y a los fines de su recepción se utilizara [illegible] procesal que más convenga por su semejanza con otro medio [illegible]etando el contradictorio (art. 202 C.PC.).

Además, debe señalarse que en algunas oportunidades se hace [illegible] utilizar los medios en forma combinada o en forma tal que unos [illegible] diarios de otros

Prueba de confesión: es entendida como "*la declaración que hace una* [illegible] *la verdad de los hechos afirmados por la contraria y que perjudica* [illegible]" Así, la confesión es la declaración de voluntad y de [illegible] una de las partes en juicio, respecto de la verdad [illegible] que sean de su actuación personal, desfavorables [illegible]ficiosos para la contraria y susceptibles de [illegible] jurídicas

(67) [illegible] *procesal civil*, 4ª ed revisada y adaptada a la legislación vigente por [illegible] Madrid 1998 t [illegible] p. 317

(68) [illegible] *[illegible] de derecho procesal*, Reus, Madrid, 1922, t. II, p. 322

La expresión «declaración de ciencia y de voluntad efectuada por una de las partes", significa que debe tratarse de una manifestación expresa por la que se exterioriza, el pensamiento de una persona. En tal sentido, quien confiesa debe tener plena y acabada comprensión del acto que realiza. Se trata además de una declaración de ciencia ya que quien depone o relata lo hace sobre el conocimiento que tiene la parte de ciertos hechos. La confesión se caracteriza como un acto voluntario y como tal debe ser prestada con discernimiento, intención y libertad. De la coexistencia de estos elementos, el confesante tendrá conocimiento de causa y de lo que está expresando; ello se presume cuando la persona es capaz.

La confesión debe ser rendida por un sujeto que tenga la calidad de parte (actor o demandado), ya que si la declaración fuera efectuada por un tercero, estaríamos ante una prueba testimonial.

«... respecto de la verdad de los hechos pasados que sean de su actuación personal...»; el concepto de verdad en el proceso civil es el de verdad formal en el sentido de que las partes son soberanas en la fijación de los hechos. En consecuencia, actor y demandado podrán en su confesión efectuar renuncias, transacciones o desistimientos de sus pretensiones con efectos vinculantes para el juez.

Además, debe tratarse de un medio de prueba idóneo respecto del hecho confesado, es decir, debe ser legal y apto para probar ese hecho.

La confesión debe referirse a hechos controvertidos y no a su calificación jurídica. Estos hechos deben ser «pasados» y de la actuación personal del confesante, adquiridos por su percepción o bien que formen parte de la esfera de su conocimiento personal Cabe advertir que en este último caso, la declaración versará no sobre la existencia del hecho, sino sobre el conocimiento que de él tiene el declarante.

Por último, la confesión debe ser suministrada con *animus confitendi*, es decir con la conciencia de que se esta suministrando una circunstancia adversa a sus intereses. Así, en el proceso civil la prueba confesional puede asumir diferentes formas: puede ser recepcionada en forma de absolución de posiciones que implica una declaración formal entre ponente y absolvente con valor probatorio para ambas partes y que hoy esta siendo relegada por otras formas más modernas, o como interrogatorio libre a las partes que puede ser formulado por el juez o por la parte contraria sin sujeción a formalidad alguna.

En el proceso penal, la confesión importa el reconocimiento del imputado formulado libre y voluntariamente acerca de la participación en

[illegible] hecho delictivo. Son condiciones de la confesión en materia penal que la resulte verosímil, es decir, creíble de acuerdo a otros elementos y conforme a las reglas de la experiencia de la sicología y de la ciencia; la precisión la persistencia y la uniformidad [69].

Prueba documental: esta prueba en sentido lato comprende el estudio de los documentos o de todo otro objeto susceptible de representar una manifestación del pensamiento, con prescindencia del modo en que esa representación aparezca exteriorizada [70]. En este medio de prueba debe distinguirse el documento en sentido amplio del instrumento. Documento en sentido lato es todo elemento externo capaz [illegible] señales de algo sucedido con anterioridad. En tal sentido, se [illegible] consideran tales los planos, mojones, señales, etcétera. Los instrumentos, [illegible] cambio, son una especies de documentos en sentido amplio y se [illegible] rizan por ser literales y escritos; pueden ser públicos o privados, [illegible] a el sujeto de quien emanen. La doctrina atribuye a esta prueba [illegible] característica de ser una prueba preconstituida, representativa, [illegible] y real. En el proceso civil la prueba documental tiene un plazo [illegible] para su ofrecimiento y diferentes formas para su producción. Así, [illegible] de un instrumento público que hace plena fe por sí mismo, [illegible] la incorporación de su copia auténtica o juramentada (arts. [illegible] 994, 995 y 979 C.C.), su valor sólo puede ser cuestionado por querella [illegible] ción de falsedad (arts. 241, 244 C.P.C.). En tanto que si se trata [illegible] mentos privados, para su eficacia deben ser reconocidos por el [illegible] (arts. 1026 y 1028 y 1031 C.C.), caso contrario sometidos a [illegible] gráfica (arts. 241, 242, 248 y 249 C.P.C.).

[illegible] el proceso penal, la prueba documental ingresa a través de su [illegible] por cualquiera de las partes, en cumplimiento de una orden [illegible] bición o a raíz de su secuestro. Las partes tienen la facultad [illegible] os documentos que obren en su poder y se relacionen con [illegible] que se investigan; si se trata de un instrumento público se [illegible] testimonio autenticado y si es privado, debe presentarse el [illegible] al de instrucción o juez pueden ordenar la presentación de [illegible] estima oportuno; la orden sólo vinculará a las personas

[illegible] José I. y otros, *Manual de derecho procesal penal*, Facultad de Derecho y Ciencias [illegible] U.N.C., Ciencia, Derecho y Sociedad Serie Textos de Estudios, 2002, p. 291.
(70) [illegible] Palacio Lino E., *Derecho procesal civil* Bs. As., 1973, t. IV, p. 418.

que no se encuentran impedidas de declarar por razones de parentesco, secreto profesional o de Estado (art. 211 C.P.P.). Cabe advertir, que el imputado no se encuentra obligado a cumplir la orden de exhibición, atento que nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo (art. 18 C.N.). También puede el fiscal de instrucción o juez ordenar el secuestro de documentos (art. 210 C.P.P) a excepción de los documentos, grabaciones, cartas que se envíen o entreguen a los defensores para el desempeño de su cargo (art. 212 C.P.P); también se podrá disponer fundadamente intervenciones telefónicas (art. 216 C.P.P).

La ***verificación de un documento*** consiste en la actividad desarrollada a fin de comprobar la genuinidad de aquél en orden a la realidad de su autoría y a la posible alteración de las declaraciones que contiene [71]. La confrontación de los documentos se realiza mediante cotejo a cargo de un perito quien se expedirá sobre su autenticidad.

Prueba testimonial *"consiste en la declaración representativa que una persona, que no es parte en el proceso en que se aduce, hace ante un juez con fines procesales, sobre lo que sabe respecto a un hecho de cualquier naturaleza»* [72]. Así, se ha dicho que el testimonio es un acto procesal mediante el cual una persona informa a un juez sobre lo que sabe acerca de ciertos hechos. Jurídicamente entonces, no toda declaración es una testimonial, sino la que se hace ante un juez con fines procesales [73].

El testimonio que se recibe en el proceso constituye una declaración de ciencia o de conocimiento por su contenido y finalidad. Se trata de una actividad que se incumple en el trámite a fin de que se introduzca y valore el dicho del testigo.

El vocablo testigo deriva del latín *testibus*, que significa otorgar fe de la veracidad de algo (Enciclopedia Jurídica Omeba). Entonces «testigo» es toda persona capaz ajena al proceso que es llamada para que declare en forma narrativa sobre hechos o circunstancias que manifiesta conocer y que hubieren caído bajo sus sentidos.

(71) Palacio, *La prueba en el proceso penal*, ob cit., p. 77
(72) Devis Echandía, ob cit., t. II, p. 33
(73) De Santo, Víctor, *La prueba judicial Teoría y práctica*, p. 342

[illegible] embargo, señalamos que el testimonio no siempre es una [illegible] sobre hechos percibidos por el declarante. Tal requisito es [illegible] sólo en orden a la eficacia probatoria mas no respecto a su [illegible]; de tal manera existirá testimonio aunque la declaración verse [illegible] hechos no percibidos, en cuyo caso el valor probatorio será [illegible] ciado por el juez en principio asignándole un mérito inferior al que [illegible] de haberse percibido directamente por el testigo [74].

En términos generales puede decirse que la prueba de testigos es un [illegible] absolutamente formal ya que sólo podrán ser examinados los [illegible] que hayan sido propuestos conforme la norma del rito; la validez [illegible] testimonio se halla supeditada al cumplimiento de las exigencias [illegible] que se profundizan para el testimonio en sede penal. El [illegible] amiento y recepción de la prueba testimonial se realiza en audiencia [illegible] asistencia del juez, del actor y demandado y la persona citada como [illegible] tiene la carga publica de concurrir a prestar declaración. En rigor, [illegible] deberes del testigo no se limitan a la concurrencia sino que debe [illegible] declarar y decir la verdad. Si así no lo hiciere, esto es si no [illegible] pareciere, podrá ser conducido por la fuerza publica al tribunal; si no [illegible] o dijere la verdad podrán pasarse los antecedentes a fin de que [illegible] penal se analice si su conducta constituye un delito.

[illegible] materia penal el testimonio es la declaración formal de un individuo [illegible] sospechado por el mismo hecho, recibido en el curso del proceso [illegible] sobre lo que pueda conocer por la percepción de sus sentidos en [illegible] a los hechos o circunstancias relevantes con el propósito de [illegible] buir a la averiguación de la verdad histórica [75]. Casi podría decirse [illegible] este fuero es la prueba más común o más utilizada, admitiéndose [illegible] amente nuevas formas: la testimonial de los agentes encubiertos [illegible] de identidad reservada. El agente encubierto es un funcionario [illegible] que fingiendo no serlo (simulando ser delincuente) se infiltra en [illegible] nización delictiva con el propósito de proporcionar desde su [illegible] información que permita el enjuiciamiento de sus integrantes y a [illegible] ellos el desbaratamiento de la organización delictiva [76]. Se trata

[illegible] Santo, ob. cit., p. 345
[illegible] Cafferata, José I. y otros, ob. cit., p. 313
(76) Cafferata, José I. y otros, ob. cit., p. 346

de una medida de política criminal, que excede el estricto marco de los dispositivos penales y procesales ordinarios [77]. Es una prueba que se admite en forma restringida y su eficacia o valor se cuestiona dentro de nuestro sistema constitucional; sin embargo, aunque este tipo de medio probatorio suscita reparos por autorizada doctrina, lo cierto es que su necesidad se va manifestando día a día y la jurisprudencia convalida esta fuente de conocimiento. Cabe señalar que esta forma de prueba sólo se utiliza para delitos de extrema gravedad, peligrosidad y repercusión social. Por su parte, el testigo de identidad protegida es una figura extraordinaria que permite el ocultamiento de la identidad de aquellas personas que hubiesen colaborado con la investigación como testigos, cuando se tema un riesgo cierto para su integridad física o la de su familia.

Prueba pericial: es un medio de prueba que se concreta por medio de una actividad procesal desarrollada, en virtud de encargo judicial, por personas distintas de las partes del juicio, especialmente calificadas por sus conocimientos técnicos, artísticos o científicos, mediante la cual se suministran al juez argumentos o razones para la formación de su convencimiento respecto de ciertos hechos cuya percepción o cuyo entendimiento escapa a las aptitudes del común de las gentes [78].

A través de este medio de prueba puede obtenerse un conocimiento adecuado de los hechos, cuando éstos tienen connotaciones especiales. Mientras más complejidad técnica presente el hecho o circunstancia controvertida, más necesaria es la prueba pericial para su interpretación. Es así que este medio de prueba con el avance y progreso técnico en las ciencias, y por el grado de conocimiento que brinda, adquiere gran relevancia en el proceso judicial moderno, en el que se otorga a la prueba pericial una nueva dimensión y se le reconoce un valor decisivo en la resolución de las causas que llega a desplazar en algunos casos hasta lo estrictamente jurídico.

El perito *"es una persona calificada especialmente por su experiencia o conocimiento técnicos o científicos, en relación con hechos también especiales. Que exigen esa capacidad particular para su adecuada percepción y para la*

(77) Palacio, La prueba en el proceso penal, ob. cit., p. 96
(78) Devis Echandía, ob. cit., t. II, p. 287

correcta verificación de sus relaciones con otros hechos, de sus causas o efectos o simplemente para su apreciación o interpretación" [79].

La prueba pericial presenta requisitos que hacen a su existencia jurídica procesal y que pueden ser enunciados de la siguiente forma: debe tratarse de un acto procesal que se cumple por encargo judicial, realizado en forma personal a través del dictamen de un tercero [80].

Prueba informativa: es el medio de prueba por el que se incorporan al proceso datos concretos acerca de actos o hechos resultantes de la documentación obrante en archivos o registros contables de terceros, a condición de que tales datos no provengan del conocimiento personal del informante [81]. Esta prueba fue utilizada pretorianamente, esto es sin legislación de soporte hasta que obtuvo sanción legislativa y fue incorporada a los códigos formales. En la prueba informativa el informante sólo transmite al juez el conocimiento que surge de las constancias de archivo que obran en su poder. Esto se efectúa a través de una síntesis o resumen extraído de los elementos del informante que posee en su archivo; su actividad puede no agotarse con el informe sino que también podría requerírsele la exhibición de los antecedentes que tuvo en cuenta para brindar la información cuando sus datos hubieran sido impugnados por falsedad.

Prueba de inspección o reconocimiento judicial: consiste en la diligencia procesal practicada por un funcionario del tribunal para [illegible] argumentos de prueba para la formación de su convicción, mediante el examen y la observación con sus propios sentidos, de hechos [illegible] durante la diligencia o antes, pero que subsisten, en base a [illegible] huellas de hechos pasados, y en ocasiones de su [illegible]ón [82]. El concepto se complementa al delimitarlo como el [illegible] el juez se traslada al lugar a que se refiere la controversia,

[illegible] p. 434.
[illegible] cit. t. II p. 304
[illegible] Alvarado Velloso, Adolfo, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, [illegible] 1990-1997 t. VIII, Nº 407 1, p. 210.
(82) Devis Echandía, ob. cit., t. II, p. 415

o en que se encuentra la cosa que la motiva a fin de lograr mediante el examen personal y directo elementos de convicción. Esta percepción debe ser realizada personalmente por el juez y constituye una diligencia indelegable. A través de ella se toma conocimiento o contacto directo con lugares o cosas que le sirven al órgano jurisdiccional para formar su convicción respecto de las pretensiones hechas valer y verifica las condiciones o cualidades que presentan.

Se trata de una actividad física o intelectual, porque ella es la que el juez despliega a los fines de efectuar la verificación del hecho. Su diligenciamiento podrá consistir en el desplazamiento del juez hacia el lugar (por ejemplo, visita el predio en que ocurrió el accidente, inspección de un campo en un juicio de división de condominio, etcétera) y en el razonamiento posterior que efectúa para su comprensión.

Prueba de indicios y de presunciones: en doctrina se discute si el indicio configura o no un medio de prueba. Algunos lo cuestionan arguyendo que no constituye estrictamente un medio sino objeto de la prueba. El error estriba, como señala Devis Echandía, en que separan el argumento probatorio del hecho indicador, la circunstancia de que el hecho indiciario sea objeto de prueba no excluye su condición de medio autónomo respecto del hecho indicado [83].

Sin embargo, los autores consideran que los indicios constituyen prueba y sirven para dar base a las presunciones. Esto es así pues el indicio es el hecho del cual se extrae el conocimiento de otro hecho que resulta así acreditado. Por lo tanto, son dos cosas diferentes el indicio y la admisión del hecho a probar.

Pese a lo apuntado, los códigos de procedimiento no regulan el indicio como un medio autónomo sino que lo confunden con las presunciones y a veces bajo esta denominación se ocupan de los indicios.

Pruebas mixtas, combinadas o complementarias: ubicamos en esta categoría diversos medios de prueba como el reconocimiento de personas y de cosas, los careos y también otros medios que genéricamente

(83) Devis Echandía, ob. cit., t. II, ps. 683/684

denominamos como innominados. Se las conoce como mixtas porque mediante la incorporación de nuevos datos al proceso integran un acto probatorio cumplido con anterioridad o se llevan a cabo mediante la confrontación del resultado obtenido a raíz de la intervención de varios o diferentes órganos de prueba [84].

El *reconocimiento de personas* es un medio de prueba por el cual e intenta reconocer la identidad de una personas (identificarla) mediante la intervención de otra que al verla entre varias afirma (o niega) conocerla o haberla vista en determinada circunstancia [85].

Por su parte el "***reconocimiento de cosas*** *es el acto mediante el cual, a fin de identificar una cosa relacionada con el delito investigado, ésta le es exhibida a una persona, sea como único objeto o juntamente con otras semejantes para que afirme o niegue haberla visto con anterioridad, y en que circunstancias*" [86]. El art. 254 C.P.P., especifica que antes de realizar el reconocimiento la persona será invitada a que describa la cosa.

El *careo* es un enfrentamiento directo e inmediata (cara a cara) entre personas que han prestado declaraciones contradictorias sobre un hecho relevante del proceso tendiente a descubrir cuál de ellas puede respetar la verdad. Se trata de una medida que es considerada más como una técnica que como un medio de prueba, sin embargo a través de su realización se incorpora otro dato susceptible de valoración.

En el proceso civil su realización se halla exclusivamente supeditada al arbitrio judicial de modo que puede o no disponerse aun cuando medio pedido de parte; incluso puede disponerse de oficio por el tribunal de alzada como medida para mejor proveer. La realización del careo debe ser decretada inmediatamente de prestada las declaraciones o en una audiencia posterior [87].

Restan por tratar las reglas que aluden a la interpretación y traducción; las que en rigor no constituyen un medio de prueba, sino que resultan complementarias a fin de tornar inteligibles para el juez; en este sentido constituyen medios auxiliares.

(84) [illegible] *en el proceso penal*, ob. cit., p. 180
(85) [illegible] José I. y otros, ob. cit., p. 324
(86) Palacio, *La prueba en el proceso penal*, ob. cit., p. 195
(87) Palacio - Alvarado Velloso, *Código...*, ob. cit., t. VIII, ps. 419 a 420

En conclusión, hemos demarcado los grandes temas que comprende la teoría general de la prueba cuyo conocimiento profundo permitirá lograr una correcta reconstrucción de los hechos. El esquema de la prueba no es solamente un aspecto de desarrollo de la dialéctica procesal entre las partes, sino más bien un instrumento de conocimiento racional de los hechos y de la verdad procesal. De ahí la decisiva importancia del procedimiento de formación de la prueba y de la incidencia del contradictorio. Las variaciones de las posiciones de las partes respecto de la introducción, producción y diligenciamiento de la prueba, pone de manifiesto la dinámica del proceso, que se profundiza en el campo de la teoría general de la prueba.

CAPITULO XIX
(Primera Parte)

La discusión y la sentencia

por Clara Cordeiro

Sumario: 1. La discusión Alegato. Concepto y contenido. 1 1. Formas en los distintos procesos 2 Sentencia. 2.1 Concepto. 2.2. Naturaleza jurídica. 2 3. Clasificación. 2 4. Sentencias de conocimiento y ejecución. 2 4.1. Sentencias ejecutivas o de ejecución. 2.4 2. Estimatorias o desestimatorias. 2 4.3. Firmes y no firmes. 2 4 4 Primera instancia y segunda o ulterior instancia. 2.4.5 Según los efectos de la sentencia. 3 Formalidades 3 1. Formalidades extrínsecas. 3 2 Formalidades intrínsecas. 3.3 Considerandos. 3.4 Resuelvo 4 Sentencias de segunda instancia. 5 Efectos jurídicos de la sentencia 6. Cosa juzgada. 6 1. Fundamentos de la cosa juzgada 6 2. Elementos de la cosa juzgada 6 3 Distinción entre cosa juzgada formal y cosa juzgada material.

1. La discusión. Alegato. Concepto y contenido

El alegato consiste en una exposición escrita u oral, dependiendo del procedimiento de que se trate, que no tiene una forma predeterminada por la ley, que se limita al análisis de la prueba aportada a la causa.

Se trata de una tarea intelectual, en la que cada parte se expide con argumentos favorables a sus respectivas pretensiones. Se persigue con ello, convencer al tribunal de una determinada posición, y obtener de esa manera una decisión que satisfaga sus intereses. A tales efectos, las partes citan doctrina y jurisprudencia que avale la resolución que pretenden

Clariá Olmedo [1] nos dice que el alegato "*Consiste en el análisis crítico e integral del conjunto de elementos de convicción reunidos y definitivamente introducidos con la actividad práctica anteriormente cumplida, análisis que persigue la obtención, como resultado, de un juicio final de certeza o de probabilidad con respecto al fundamento práctico de las pretensiones hechas valer*".

El alegato le resulta útil al juez, pues le sirve para orientarse. "*La utilidad de los alegatos, se advierte con sólo considerar que en ellos el juez encuentra recapitulados en forma metódica los hechos en que las partes fundan sus pretensiones, la prueba que a cada uno de ellos se refiere y las razones que se aducen para demostrar el derecho*" [2]. "*Mediante la alegación, el material lógico que el juez tiene que servirse figura actualmente en el proceso, y, a través de la depuración ulterior que supone su prueba, se convierte en el instrumento indispensable sobre el que ha de apoyarse la sentencia*" [3].

El contenido del alegato es el análisis de los elementos de convicción introducidos al proceso. Frente a la prueba recibida, cada parte se preocupa en demostrar el éxito de su pretensión como consecuencia del favorable resultado probatorio y la def[illegible] de los elementos que puedan perjudicar ese éxito.

La valoración que se efectúe sobre la prueba puede ser realizada por cualquiera de las partes intervinientes, ya que una vez introducido un elemento de prueba al proceso, se adquiere para éste, y es susceptible de ser manejado indistintamente.

Los alegatos se materializan en los informes o exposiciones finales de las partes, producidas en forma oral o escrita según el procedimiento adoptado. Los escritos son presentados conjunta o sucesivamente por secretaría, y las exposiciones orales se producen en audiencia pública dirigida por el juez o presidente del tribunal.

1.1 Formas en los distintos procesos

En el Código Procesal Civil está regulado en el art. 505 que determina que "Vencido el período probatorio y agregadas a los autos las que se

(1) [illegible] Olmedo, Jorge A., *Derecho procesal*, Depalma, Bs. As., 1983, t. II, p. 188.

(2) [illegible]ugo, *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial*, 2ª ed., Ediar, Bs. As., t. III, p. 708.

(3) Guasp, Jaime, *Derecho procesal civil*, 4ª ed., Civitas, Madrid, 1998. Revisada y adaptada a la legislación vigente por Pedro Aragoneses, t. I, p. 293.

[illegible] se correrá traslado por seis días sucesivamente [illegible] de bien probado [illegible] el decreto de autos".

[illegible] contencioso administrativo, está regulado en [illegible] ley 7182 y determina que producida la prueba se corre tra[illegible] por nueve días por escrito.

[illegible] procedimiento laboral, el art. 60, ley 7987, determina que en [illegible] vista de causa, una vez producida la prueba, el pr[illegible] la palabra a los letrados y apoderados de las partes en [illegible] que aleguen sobre el mérito de la prueba por un término [illegible]. Podrá ejercerse derecho a réplica y contra réplica por [illegible] que no exceda de cinco minutos. Dichos términos podrán s[illegible] te ampliados por el tribunal. Se pueden dejar memorial. [illegible] expresa que la secretaría labrará acta de debate con todos l[illegible] audiencia. Dicha acta deberá ser firmada por todos.

[illegible] procedimiento de familia, el alegato se realiza en la audiencia d[illegible] causa, según lo regulado en el art. 78, ley 7676. Se otorga u[illegible] sesenta minutos a cada parte, pudiendo ser ampliado. H[illegible] a réplica por solo una vez y hasta diez minutos, el cual se limit[illegible] [illegible] los argumentos del adversario que no hubiesen sido discutido[illegible] [illegible] deja escrito.

En el procedimiento penal el debate será oral y público. Podrá ser [illegible] puertas cerradas cuando la publicidad afecte la moral o la seguridad públ[illegible] "*La oralidad no sólo se caracteriza porque la palabra hablada constituye el modo de expresión usado para presentar la prueba y discutir su valor, sino por que ella impl[illegible] el contacto directo entre el Juez y la prueba y la actuación directa, frente al Juez, de las partes de la controversia*" [4].

Terminada la recepción de pruebas, el presidente conce[illegible] sucesivamente la palabra al actor civil, al ministerio fiscal y a los defens[illegible] del imputado y del demandado civil para que en ese orden emita[illegible] conclusiones. No podrán leer memorial. Existe el derecho a refuta[illegible] levanta un acta de todo lo actuado. Primero alega el ministerio púb[illegible] la acción penal es pública, si es privada lo hace solamente el quer[illegible] luego alega el defensor del acusado (art. 402 C.P.P.).

(4) Núñez, Ricardo, *Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba*, Lerner, Cba., 1978, p. 330.

El fiscal debe determinar sobre la existencia de la acción u omisión. Luego si la acción u omisión es típica y la encuadra en una figura penal se debe determinar si la acción típica es antijurídica. Seguidamente, se establecerá si la acción típica y antijurídica es culpable, y si es punible. Esto es, en definitiva, la configuración de un delito.

A la defensa le corresponde evitar la validación, esto es, refutar el análisis de la teoría del delito formulada por el fiscal. Después de que todos alegaron se puede pedir un segundo momento para alegar.

La ley confiere ese derecho de réplica a los abogados de la fiscalía y de la defensa del imputado. No pueden argumentar sobre temas ya tratados Se deja constancia en acta de los contenidos mínimos (art. 403 C.P.P.).

2. Sentencia

El proceso judicial en su consideración externa y teleológica es la actividad compleja, progresiva y continua que se realiza mediante actos concatenados entre sí, cumplidos por órganos públicos predispuestos y por particulares que intervienen voluntaria o coactivamente para la actuación concreta del derecho sustantivo con respecto a los hechos de la causa [5]. El proceso se cumple a través de distintas etapas; siendo la primera de ellas, la fase de introducción de las cuestiones (demanda-contestación). La segunda, es la etapa probatoria, donde las partes despliegan su esfuerzo para incorporar el material convictivo que corrobore lo expuesto en sus alegaciones. La tercera, es la discusoria en donde actor y demandado efectúan la valoración de los elementos de convicción introducidos y la última es la etapa decisoria en la que el tribunal emite [illegible] jurisdiccional denominado sentencia.

La sentencia es dictada como acto culminatorio del proceso, pero [illegible] obsta desconocer que el tribunal dicte otras resoluciones [illegible] con anterioridad a la sentencia.

[illegible] la primera etapa se pueden suscitar controversias [illegible] cumplirse un determinado acto y, en tal caso, ésta [illegible] tribunal. De allí entonces, la actividad decisoria

(5) Conf. Clariá Olmedo, ob. cit., t. [illegible], p. 129

del órgano jurisdiccional puede tener lugar en cualquier etapa del proceso, respecto a aspectos que no se refieren al fondo de la cuestión, y tal actividad se cumple mediante el dictado de decretos y autos.

Nuestro examen se circunscribirá a la más trascendental de las resoluciones que dicta el órgano jurisdiccional, esto es la sentencia.

2.1. Concepto

La palabra sentencia proviene de la voz latina *sentiendo* que equivale en castellano a sintiendo; es decir, juzgando, opinando, porque el juez declara u opina con arreglo a los autos [6].

La sentencia es un acto jurídico procesal, mediante el cual el órgano jurisdiccional decide los puntos sometidos a su consideración.

Para Clariá, sentencia en sentido propio o estricto es la resolución jurisdiccional que pone fin al proceso de conocimiento normalmente desarrollado, decidiendo sobre el fundamento de las pretensiones hechas valer por las partes, sin perjuicio del tratamiento de cuestiones previas que no pudieron ser resueltas como artículos de especial pronunciamiento [7].

Asimismo, Alsina dice que para que haya sentencia es necesario que el acto revista ciertos caracteres: 1) Debe ser de un juez cuya jurisdicción emane de la ley; por eso las resoluciones de los árbitros no se llaman sentencias, sino laudos; 2) Debe referirse a un caso concreto

(6) Caravantes, t. II, p. 263, citado por Hugo Alsina en su obra de *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial*, t. IV, p. 55

(7) Clariá Olmedo, ob. cit., t. II, p. 224. Para Frondizi, la sentencia es el acto procesal conclusivo, mediante el cual el órgano jurisdiccional resuelve la causa, sea que juzgue sobre el fondo del asunto, sea que lo haga sobre cuestiones previas que puedan impedir un juicio sobre el fondo. *La sentencia civil*, Platense, La Plata, 1994, p. 5. Por su parte, para Palacio y Alvarado Velloso: "*La sentencia definitiva es el acto del órgano judicial en cuya virtud éste, agotadas las etapas de iniciación y desarrollo, decide actuar o denegar la actuación de la pretensión o petición extracontenciosa que fue objeto del proceso*" (Palacio, Lino Enrique y Alvarado Velloso, Adolfo, en su obra *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, t. IV, p. 373). Guasp, enseña que "*La sentencia es, pues, aquel acto del órgano jurisdiccional en que éste emite su juicio sobre la conformidad o disconformidad de la pretensión de la parte con el derecho objetivo y, en consecuencia, actúa o se niega a actuar dicha pretensión, satisfaciéndola en todo caso*" (Guasp, Jaime, *Derecho civil*, 4ª ed., 1998, t. I, p. 478).

[illegible]ntrovertido; los jueces no hacen declaraciones abstractas, y en los [illegible]os de jurisdicción voluntaria no resuelven, sino que interponen su [illegible]oridad para la eficacia del acto; 3) La controversia debe ser judicial; de [illegible] que la determinación del precio por un tercero en la compraventa (art. 1349 C.C.), no constituya una sentencia [8].

La sentencia es el acto por el cual el Estado resuelve con carácter definitivo una controversia entre partes. Para ello, está investido de cosa juzgada y fuerza ejecutoria.

Decimos carácter de cosa juzgada porque la cuestión decidida no puede ser discutida nuevamente a través de otro juicio, y el carácter de fuerza ejecutoria, se da a los fines de poder lograr el cumplimiento de la sentencia.

La sentencia es un acto jurídico procesal de trascendencia. Dicho acto, pone fin a una controversia en su etapa de conocimiento, luego de la instancia en la cual se pronuncia, ya sea en primera instancia o segunda instancia.

Por medio de la sentencia, la voluntad abstracta de la ley se hace real y operante en concreto. El juez es la voz del Estado que dice la justicia en el caso en particular. La sentencia es el juicio y como tal, un acto de inteligencia y voluntad.

2.2. Naturaleza jurídica

Un breve muestreo de las distintas corrientes que se ocuparon del tema, nos permitirá advertir cómo ha ido evolucionando el instituto y ensayar algunas precisiones sobre el tópico. La doctrina clásica, [illegible]raba a la sentencia como única forma de actuación de la ley. Es [illegible] que el juez sólo actuaba la ley ante un caso concreto.

[illegible] de pensamiento, mereció el reproche de Bulow (iniciador [illegible] Escuela del Derecho Libre), para quien la ley es un [illegible] sentencia completa. De esta forma, el legislador y el [illegible]an al pueblo su derecho. Dentro de esta corriente,

(8) Alsina, ob. cit., ps. 55/56.

[illegible] máximo exponente es Kantorowicz, para quien el juez [illegible] el caso de acuerdo con su conciencia, inclusive llegándose a apartar de la ley. Desde esta doctrina se postula que la realidad es cambiante y veloz al contrario de lo que sucede con la norma que es estática; tal circunstancia es considerada como una justificación para que el juez al sentenciar pueda crear la ley.

Desde una concepción tradicional, y teniendo en cuenta la estructura de la sentencia, se consideró que ésta constituía un silogismo, cuya premisa mayor está dada por la norma abstracta, la menor por el caso concreto y la conclusión por la parte dispositiva. El juicio lógico se realiza a través de la subsunción de un hecho concreto en la norma abstracta, teniendo así lugar el enlace lógico.

Alsina [9] determina que la naturaleza jurídica de la sentencia es la convicción formada en la mente del juez por la comparación entre la pretensión de la parte y la norma jurídica o derecho objetivo.

Para nosotros, siguiendo a Clariá Olmedo, "... *la sentencia es un acto por el cual el órgano jurisdiccional declara una voluntad de ley (voluntad jurídica del Estado) conforme el juzgador la considera aplicable fundándose en consideraciones de hecho y de derecho como camino intelectual de naturaleza compleja que le permite determinarse frente a las cuestiones planteadas en el proceso*" [10].

2.3. Clasificación

Existen diversos criterios para clasificar a la sentencia: en base a distintos parámetros: a) según la naturaleza de la pretensión; b) según el éxito obtenido en juicio; c) según se admitan recursos o no en contra de ellas; d) según la instancia en que se dicta, y e) según los efectos de la sentencia.

2.4. Sentencias de conocimiento y ejecución

Teniendo en cuenta la naturaleza de la pretensión esgrimida, es decir, el objeto del proceso, se establecen dos categorías de sentencia: las de

(9) Alsina, ob. cit., t. IV, p. 64.
(10) Clariá Olmedo, ob. cit., t. II, p. 232.

conocimiento y de ejecución. Las de conocimiento, a su vez comprenden tres tipos distintos de sentencia declarativas, constitutivas y de condena

1.1. Sentencias declarativas: *"Son aquellas que eliminan la falta de certeza acerca de la existencia, eficacia, modalidad o interpretación o estado jurídico"* (11). Dentro de este tipo podemos encontrar a aquellas que declaran la nulidad o la simulación de un acto jurídico, la falsedad de un documento, el alcance de una cláusula contractual, la adquisición de la propiedad por prescripción

1.2. Sentencias constitutivas: *"Esta categoría de sentencias crean un estado jurídico nuevo ya sea haciendo cesar el existente, modificándolo o extinguiéndolo por otro"* (12). *"En otros términos cabe hablar de sentencia constitutiva siempre que la ley condicione insustituiblemente a una declaración judicial la eliminación de la incertidumbre respecto de la existencia, validez, etc., de una declaración o estado jurídico"* (13).

Constituyen ejemplos de esta categoría las sentencias de divorcio, separación de bienes, adopción, etcétera.

1.3. Sentencias de condena: Estas establecen el cumplimiento de una prestación, ya sea de dar, hacer o no hacer. En definitiva, a través de esta clase de sentencia, que es la más usual en la práctica tribunalicia, se impone al obligado cumplir una determinada prestación, consistente en realizar determinado acto o abstenerse de hacerlo.

Está división tripartita de las sentencias, según la naturaleza de la acción deducida, es la más importante.

2.4.1. *Sentencias ejecutivas o de ejecución*

Son las que establecen el cumplimiento de una condena o las que ordenan la efectivización de un título ejecutivo que trae aparejada ejecución. Son propias del procedimiento de ejecución de sentencia y de los juicios ejecutivos.

2.4.2. *Estimatorias o desestimatorias*

La segunda especie tiene en cuenta el resultado obtenido en el proceso respecto a la pretensión principal. Es decir, que son

(11) Palacio y Alvarado Velloso, ob. cit., t. IV, p. 396.

(12) Couture Eduardo J., *Fundamentos del derecho procesal civil*, 3ª ed., Depalma, Bs. As., 1993 p. 319

(13) Palacio, Lino Enrique, *Manual de derecho procesal civil*, 11ª ed., Abeledo-Perrot, Bs. As., p. 527

estimatorias aquellas que satisfacen la pretensión del actor y desestimatorias las que lo deniegan

2.4.3. *Firmes y no firmes*

En esta división se hace hincapié en la admisión o no de interposición de recurso en contra de la sentencia. Las sentencias firmes no los admiten, y las no firmes pueden ser impugnadas.

2.4.4. *Primera instancia y segunda o ulterior instancia*

Esta clasificación toma en cuenta el grado jurisdiccional en que se dictan por cuanto los ordenamientos procesales rodean de distintos recaudos y solemnidades para dicho acto según sea la instancia en que se dicten. Así, por ejemplo en el ordenamiento ritual de la Nación el art 163 establece cuáles son las formalidades a que debe atenerse el acto decisorio que examinamos y el art. 164 hace referencia a las condiciones que deberá contener la sentencia de segunda o ulterior instancia. El C.P.C. tiene normas que deben respetarse en todas las sentencias, (por ejemplo art. 326 y conc.), y normas específicas relativas a sentencias de segunda instancia (art. 332).

2.4.5. *Según los efectos de la sentencia*

Pueden clasificarse en aquellas susceptibles de adquirir fuerza de cosa juzgada formal o cosa juzgada material Como ejemplo de la primera se encuentran las recaídas en el juicio ejecutivo, y de las segundas, las dictadas en juicio ordinario, en un procedimiento civil.

3. Formalidades

La sentencia en cuanto acto procesal conclusivo que se materializa en un instrumento público, debe respetar las formas establecidas por la ley, a fin de dar al justiciable seguridad jurídica. Tales formalidades pueden reunirse en dos grupos, según sean. extrínsecas e intrínsecas.

3.1. *Formalidades extrínsecas*

Estas formalidades regulan, cómo, dónde y cuándo debe realizar el juez el acto sentencial, quedando en algunos supuestos su validez sujeta

al cumplimiento irrestricto de éstas. En otras palabras, la verificación de dichos recaudos condiciona la eficacia del acto.

Las formalidades extrínsecas que debe cumplir la sentencia son las siguientes:

Fecha: La sentencia debe ser dictada consignando la fecha, es decir, día, mes y año, expresada en letras y no en números (art. 163 C.P.N.). Debe ser completa, clara y exacta. Debe corresponderse con el día en que se firmó la sentencia. Esta forma es útil a los fines de precisar si ha sido pronunciada en día y hora hábil conforme lo establecen los arts. 42 C.P.C., art. 64, ley 7987; arts. 408, ley 8123 y 152 C.P.C.N. y verificar que haya sido dictada dentro de los plazos establecidos en el art. 121 incs. 2 y 3 C.P.C., art. 66, ley 7987 y art. 34 inc. 3 C.P.N..

Idioma: La redacción de la sentencia debe ser realizada en idioma nacional, conforme lo establece el art. 115 C.P.N. y el art. 999 C.C. Este requisito no está previsto en el C.P.C., pese a ello, su observancia en nuestra provincia se impone atento a que la sentencia es un instrumento público.

Escritura: La sentencia debe dictarse en doble ejemplar incorporándose uno al protocolo del tribunal y el otro al expediente.

Firma: El juez o miembros del tribunal deberán suscribir las sentencias (art. 120 C.P.C.; art. 64 inc. 6, ley 7987; art. 143, ley 8123 y 163 inc. 9 C.P.N.).

"La importancia de este recaudo ha sido destacada por la jurisprudencia señalando que el acto carente de la firma del juez es nulo o ineficaz"[14].

En el supuesto de sentencias dictadas por tribunales colegiados, deberán firmar todos los integrantes del tribunal, y en caso de impedimento posterior a la deliberación y voto, se hará constar tal circunstancia por el secretario y la sentencia será igualmente válida.

3.2 Formalidades intrínsecas

[illegible] conforma una unidad lógico jurídico conforme a la [illegible] integrados su parte dispositiva con los fundamentos [illegible].

(14) SC Buenos Aires, 14/7/64, E.D., 12/44

No obstante ello, la mayoría de los ordenamientos rituales la conciben en una estructura tripartita: vistos, considerandos y parte resolutiva. Es sobre esa estructura sobre la que analizaremos las formalidades intrínsecas.

Vistos

En este segmento, de la sentencia, se consigna en primer lugar la carátula del expediente. En segundo lugar, debe contener la individualización de las partes intervinientes, la pretensión y la oposición y los trámites cumplidos durante el desarrollo del proceso.

En relación a las partes, es importante que queden precisamente indicadas ya sea por su nombre u otras condiciones que no dejen lugar a dudas de quienes se trata, lo cual reviste importancia para establecer los eventuales alcances de la cosa juzgada. Esta individualización de los sujetos también cobra relevancia respecto al principio de congruencia, es decir, que el juez debe observar al tiempo de resolver que en el fallo sé pronuncie solamente respecto a esos sujetos. En algunas legislaciones se exige que en caso de que las partes actúen por medio de representantes se indiquen los nombres de éstos.

A continuación, esta parte debe contener una descripción o relato de la actividad desarrollada durante el proceso conforme a las constancias de la causa. Se trata de un desarrollo meramente descriptivo relativo a la pretensión del actor a los hechos y derecho en que se funda, como así también, en su caso, a la defensa esgrimida por el accionado.

Esta relación de causa es esencial para que a través de ésta pueda conocerse qué pretensiones se esgrimen en el proceso. Se debe mencionar la prueba incorporada a la causa, como así también una referencia a la producción de los alegatos. Cabe precisar, que este relato no es necesario que sea minucioso, bastando con que cuente con los elementos esenciales relativos a las pretensiones fundamentales de las partes. Esta enunciación, también cobra relevancia en relación al principio de congruencia, pues el juez está obligado a responder dentro de lo que ha sido materia de pretensión y defensa.

En definitiva, los vistos debe contener:

a) Determinación de las partes intervinientes
b) Hechos alegados por las partes en sus escritos respectivos.
c) Objeto de la demanda.
d) Causa de la demanda
e) Enunciación de los trámites sustanciales cumplidos en el expediente.

Los requisitos mencionados, como se dijo, no son un capricho del legislador, por el contrario, ellos son necesarios a los fines de poder determinar los eventuales alcances de la cosa juzgada. Esta enunciación es esencial, para que sea por sí misma suficiente para conocer los sujetos intervinientes, sobre qué pretensiones ha recaído y cuál es su efecto y alcance en la realidad jurídica concreta. De tal forma, si se pierde el expediente, leyendo los vistos podremos determinar los tres elementos de la cosa juzgada: sujeto, objeto y causa, y no volver sobre ese tema.

La sentencia debe ser suficientemente comprensiva como para bastarse a sí misma, para que se pueda inferir de ella, de modo claro y completo, la voluntad jurisdiccional, con aptitud para aplicarla a la realidad sin necesidad de integrarla o completarla con otras constancias del proceso. Si alguno de los elementos indicados está ausente, el fallo no tendrá virtualidad por sí mismo.

3.3. Considerandos

Esta parte constituye la esencia de la decisión, pues en ella el juez debe exponer los motivos que lo determinan a adoptar una solución para resolver la causa. Aquí el juez efectúa la valoración de la prueba incorporada al proceso a fin de determinar la plataforma fáctica que luego subsumirá en la norma jurídica que considere aplicable al caso. En otras palabras, esta parte de la sentencia debe contener una explicación de los motivos por los que el juez entiende que los hechos han quedado fijados de una manera determinada, y que a éstos se les aplica una norma jurídica y no otra. Asimismo, debe contener lo atinente a la regulación de honorarios de los profesionales intervinientes e imposición de costas.

[illegible] como lo hace un historiador, examina los documentos, [illegible] de los testigos, aprecia los informes de los peritos [illegible], etcétera. Todo lo cual le permite comprobar la [illegible] de los hechos alegados por actor y demandado, [illegible] han sido alegados en tiempo oportuno, si son [illegible] de la litis y si la prueba rendida se ajusta a las prescripciones legales.

Esta es la parte más importante de la sentencia, pues en ella el juez debe exponer los motivos o fundamentos que lo determinan a adoptar una u otra solución para resolver la causa.

La motivación de la sentencia constituye un elemento intelectual, de contenido crítico, valorativo y lógico, que consiste en el conjunto de razonamientos de hecho y de derecho en que el juez apoya su decisión.

El art. 326 C.P.C., expresa que "Toda decisión definitiva deberá tener fundamentación lógica y legal, bajo pena de nulidad". Este artículo incorpora el requisito constitucional que le impone a los tribunales el art. 155 de la Constitución Provincial de resolver las causas con fundamentación lógica y legal.

La fundamentación de la sentencia es la justificación de la parte dispositiva, a través de la cual el juez trata de demostrar que la decisión del caso se ajusta a derecho.

Fundar es justificar, es apoyar una cosa con motivo y razones eficaces.

La fundamentación aparecerá estructurada como una concatenación de puntos decisivos, justificados todos y cada uno de ellos con argumentos de forma lógica, que presentan la decisión final de la sentencia como el resultado de un razonamiento ordenado tendiente a demostrar su validez.

La sentencia debe estar motivada a efecto de:

1) Asegurar la publicidad de la conducta de los jueces y el control popular sobre el desempeño de sus funciones, esencial en un régimen republicano.

2) Conocer los interesados, las razones que justifican el fallo y decidir su aceptación o su impugnación.

3) Facilitar la labor del tribunal ante un eventual recurso que deba conocer la motivación los principales elementos para ejercer su control.

4) La jurisprudencia.

Ahora bien, para que la fundamentación sea válida, es indispensable que sea:

a) Expresa: El juez tiene el deber de consignar las razones que lo deciden, expresando sus propios argumentos con relación al caso juzgado.

b) Clara: El pensamiento del juzgador debe ser aprehensible, comprensible y examinable y no dejar lugar a dudas sobre las ideas que expresa. Para ello, debe utilizar un lenguaje llano.

c) Completa: Debe abarcar los hechos y el derecho. Respecto de los hechos, el juez, en primer lugar, fija los hechos, dando las razones que llevan a una conclusión afirmativa o negativa sobre la existencia de esos hechos de la vida a la cual las partes le han atribuido relevancia jurídica. Para ello, confronta los hechos con la prueba. Emplea las pruebas incorporadas al proceso, mencionándolas y sometiéndolas a valoración crítica. El juez analiza sólo los hechos alegados por las partes, y sólo la

prueba rendida en autos. El art. 327 C.P.C. establece que "... No tendrá el deber de expresar en la sentencia la valoración de todas las pruebas producidas, sino únicamente de las que fueren esenciales y decisivas para el fallo de la causa...".

[illegible] La descripción fáctica es el presupuesto de la aplicación de la ley.

[illegible] Luego el juez determina la norma aplicable. Establecidos los hechos, el juez procede a valorar su significación jurídica. Aplica al caso concreto la voluntad abstracta del legislador. Se procede a lo que se denomina la subsunción, esto es, una operación que consiste en un enlace lógico de una situación particular, específica, con la previsión abstracta genérica e hipotética, contenida en la ley. Establecidos los hechos, el juez procede a valorar su significación jurídica, determina la norma que rige la cuestión en litigio, y resuelve sobre la procedencia o improcedencia de la acción deducida.

La sentencia deberá fundarse en el texto expreso de la ley, y a falta de éste en los principios jurídicos de la legislación vigente en la materia respectiva, y en defecto de éstos, en los principios generales del derecho, [illegible] en consideración las circunstancias del caso (art. 16 C.C.).

[illegible] debe justificar en el texto de la ley la conclusión jurídica. Se [illegible] mencionar los artículos de la ley que se aplica y que justifica la [illegible]

[illegible] Debe estar basada en pruebas legales y válidas.

[illegible] El juez debe observar en la sentencia las reglas del recto [illegible] humano que presiden la elaboración racional de los [illegible] A respecto el art. 327 C.P.C. establece que "... salvo disposición [illegible] o los Tribunales formarán su convicción respecto de la [illegible] formidad con las reglas de la sana crítica racional".

[illegible] conduce al descubrimiento de la verdad por los medios [illegible] la razón y la lógica, vale decir, el criterio racional puesto [illegible] en la estructura esencial del fallo, deben respetarse [illegible] fundamentales del ordenamiento lógico, las leyes de la [illegible]ión; como las reglas empíricas de la experiencia, el [illegible]gía, todos ellos considerados como instrumentos [illegible] permiten la aproximación a la certeza.

[illegible] a, y refiriéndonos a la lógica formal, juega un [illegible] través de los principios lógicos supremos que [illegible] racionales en la decisión judicial y que son conforme a la concepción clásica

1) Principio de identidad.
2) Principio de contradicción.
3) Principio de tercero excluido.
4) Principio de razón suficiente (necesita tener una razón suficiente que justifique lo que en el juicio se afirma o niega con pretensión de verdad).

Estos principios ya fueron explicados al desarrollar el tema de los sistemas de valoración de la prueba.

Respecto de la sicología, entendida como la ciencia del alma, el elemento interior que preside nuestra vida desde los actos más simples a los más sublimes, manifestada en los hechos de conocimiento, sentimiento y voluntad, juega un papel muy importante y de la cual el juez no puede apartarse en la valoración de la prueba. De la misma manera ocurre con la experiencia, es decir, con las enseñanzas que se adquieren con el uso, la práctica o sólo con el mero vivir y que se encuentran en cualquier persona de nivel cultural medio, integrando el sentido común.

El juez debe fundar la sentencia respetando la jerarquía de las normas vigentes y el principio de congruencia contenido en el art. 330 C.P.C., que expresa: "El tribunal deberá tomar por base en la sentencia la exposición de los hechos contenidos en los escritos de demanda y contestación o de ampliación, en su caso".

No podrá el juez ir más allá de lo pedido por las partes (*ultra petita*), ni fuera de lo pedido (*extra petita*), ni omitiendo cuestiones planteadas (*citra petita*).

La sentencia debe contener la consideración por separado de las cuestiones que constituyen el objeto del juicio más los fundamentos y la aplicación de la ley. Esto incluye.

1) La reflexión selectiva y, por separado, sobre los hechos indicados en los vistos, ordenados por su relevancia igual que la prueba

2) La comprobación de los hechos por medio de la meritación de la prueba, a fin de determinar cuáles de los invocados por las partes serán tomados por válidos.

3) Aplicación del derecho.

La Corte ha declarado que la sentencia es una unidad lógica-jurídica cuya parte dispositiva es la conclusión necesaria del análisis de los presupuestos fácticos y normativos efectuado en sus fundamentos, por cuya razón tanto aquella como éstos deben ser tomados en cuenta para su interpretación.

El fallo Nº 380, de fecha 25/8/86, del Tribunal Superior de Córdoba, estableció que no hay prescripción alguna de la ley que establezca obligatoriamente un orden lógico entre distintas enunciaciones de la

sentencia, de modo que no es jurídicamente objetable el método de exposición consistente en anticipar la conclusión y desarrollar, posteriormente, los fundamentos. La sentencia no es una fórmula o ecuación matemática.

No obstante, las diferentes cuestiones planteadas deben ser tratadas según un orden lógico de manera que la sentencia tenga un desarrollo marcado por ellos

Se ha sostenido que la sentencia debía tener la estructura de un silogismo en donde la premisa mayor era la norma, la premisa menor los hechos, y la conclusión la parte resolutiva

PREMISA MAYOR . . .	NORMA
PREMISA MENOR . .	HECHOS
CONCLUSION .	RESUELVO

Conclusión: el juez debe partir de los hechos estableciendo cuáles son [illegible]ntes, cuáles han sido reconocidos y cuáles resultan probados [illegible] conocimiento y la meritación de la prueba. En la comprobación [illegible]cialmente, en la calificación de los hechos, no intervienen [illegible] deducciones lógicas, sino también juicios de valor del propio [illegible] la fijación de los hechos, el sentenciante aplica el derecho.

[illegible] Resuelvo

[illegible] expresa, positiva y precisa, de conformidad con las [illegible] en el juicio, calificadas según correspondiere por [illegible]cho de los litigantes y condenando o absolviendo [illegible]vención en su caso, en todo o en parte.

[illegible]tricta correspondencia entre el contenido de la [illegible]es oportunamente planteadas por las partes, lo [illegible]o, la adecuación del pronunciamiento a los [illegible] deducida en el juicio (sujeto, objeto y causa). [illegible] de la aplicación del denominado principio [illegible]uye una de las manifestaciones del principio [illegible], inclusive, fundamento constitucional, porque como lo [illegible]te establecido la Corte Suprema comporta agravio a la [illegible] defensa (art. 18 C.N.)

Cuando la sentencia contenga condena al pago de los frutos, intereses, daños y perjuicios, fijará su importe en cantidad líquida o establecerá por lo menos las bases sobre que haya de hacerse la liquidación.

El art. 327 C.P.C. establece que: "La sentencia deberá contener decisión expresa con arreglo a la acción deducida en el juicio, declarando el derecho de los litigantes dictando la condenación o absolución a que hubiese lugar y el pronunciamiento sobre costas y honorarios".

4. Sentencias de segunda instancia

Deben contener el voto individual de los jueces que integran el tribunal respectivo. Primero, se procede al sorteo de los expedientes entre los miembros de la Cámara quienes deben instruirse personalmente de ellos antes de celebrar los acuerdos para pronunciar sentencia.

En las secretarías de las cámaras de apelaciones se llevará un libro que podrá ser examinado por las partes, sus mandatarios o abogados, en el cual se hará constar la fecha del sorteo de las causas, la remisión de los expedientes a los camaristas y la de su devolución. Cada miembro, fundará su voto o adherirá al de otro. Las sentencias de las cámaras se pronuncian previa celebración de los llamados acuerdos. Cada miembro fundará su voto o adherirá al de otro. La sentencia se dictará por mayoría y, en ella se examinarán las cuestiones de hecho y de derecho sometidas a la decisión de juez de primera instancia que hubiesen sido materia de agravios. Se pregunta: ¿Es ajustada a derecho la sentencia apelada? Concluyen votando por la afirmativa o la negativa, es decir, por la confirmación o revocación, total o parcial, de la sentencia impugnada. La exigencia de voto individual rige únicamente si se trata de sentencias definitivas dictados en proceso ordinario. Las sentencias interlocutorias deben ser redactadas en forma impersonal.

5. Efectos jurídicos de la sentencia

1) Mediante la sentencia, el juez crea una norma individual que constituye una nueva fuente reguladora de la situación jurídica controvertida en el proceso y que, como manifestación trascendente que es del ejercicio de la función jurisdiccional debe ser acatada por las partes y respetada por los terceros.

2) Un efecto natural es la obligatoriedad o imperatividad, pues si así no fuese, es obvio, que ella carecería de objeto y de razón de ser.

3) Queda eliminada la incertidumbre sobre la existencia, eficacia, modalidad o interpretación de una relación o estado jurídico si se trata de una sentencia meramente declarativa.

4) Queda integrada la correspondiente relación jurídica si se trata de una sentencia constitutiva.

5) El art. 338 C.P.C. establece que, concluye la competencia del juez respecto a la cuestión planteada. Lo cual, no obsta a que pueda interpretar su propia sentencia en cualquier tiempo, ejecutarla, ordenar medidas cautelares, etcétera.

6. Cosa juzgada

Si observamos cuál es el fin que las partes persiguen en el proceso, vemos que no es otro que el de obtener del juez una declaración por la cual se decida, definitivamente, la cuestión litigiosa, de manera que no sólo no pueda ser discutida de nuevo en el mismo proceso, sino en ningún otro futuro (*non bis in idem*); y que, en caso de contener una condena, pueda ser ejecutada sin nuevas revisiones [15].

Ese fin perseguido en un proceso por las partes, es el que se plasma en el carácter que adquiere una sentencia cuando ésta no puede ser recurrida y no modificada. Esto es, sin duda, el carácter más importante de la sentencia, la cosa juzgada, lo que significa "juicio dado sobre la litis".

Clariá Olmedo, ha definido a la cosa juzgada "*como el atributo que la ley [illegible] a la sentencia firme para que el caso concreto resuelto por ella se mantenga [illegible] para el futuro como garantía de seguridad jurídica*" [16].

La [illegible] ilidad es la imposibilidad de alterar el contenido de lo [illegible] que tal carácter impide que la sentencia sea revocada, [illegible] ia, salvo los supuestos de excepción expresamente [illegible] ley.

(15) Alsina, ob. cit., t. IV, p. 122.
(16) Clariá Olmedo, ob. cit., t. II, p. 252.

La inmutabilidad se adquiere cuando la sentencia no puede ser recurrida o por haberse agotado la instancia recursiva. Por ello la inmutabilidad importa la estabilidad de lo resuelto en la sentencia.

La inmutabilidad es lo que le da firmeza a la resolución, lo cual tiene jerarquía constitucional en cuanto garantía de seguridad jurídica basada en la imposibilidad de que por otro proceso posterior se altere el contenido de lo resuelto.

La cosa juzgada constituye el efecto más trascendental de la sentencia. Clariá Olmedo ha sostenido que en realidad no se trata propiamente de un efecto de la sentencia, sino de una cualidad atribuida a la firmeza adquirida por ella al no poder ser ya impugnada. Por ello, agrega que, la "*sentencia firme pasa en autoridad de cosa juzgada, en cuanto modo de exteriorizarse todos los efectos previstos por la ley*" [17].

6.1. Fundamento de la cosa juzgada

Los fundamentos de la cosa juzgada, siguiendo a Alsina, son dos: a) la extinción de la acción con su ejercicio, lo que impide su renovación en otro juicio, salvo cuando la ley lo autorice expresamente (acción impugnativa), y b) la necesidad de seguridad jurídica a fin de dar estabilidad a las relaciones de derecho, y que alcanza tanto al derecho substancial como al derecho procesal [18].

6.2. Elementos de la cosa juzgada

Los elementos de la cosa juzgada son sujeto, objeto y causa. Para que sea procedente la excepción de cosa juzgada se debe, necesariamente, dar entre los procesos discutidos esta triple identidad, pues basta que uno solo de ellos no coincida para que no sea procedente la excepción de cosa juzgada.

(17) Clariá Olmedo, ob. cit., t. II, p. 251.
(18) Alsina, ob. cit., t. IV, p. 134.

Sujeto: Para saber el significado y alcance del elemento subjetivo de la cosa juzgada, hay que analizar los sujetos que han intervenido en el proceso. Es decir, se deberá determinar las partes intervinientes en el proceso. Pues la sentencia sólo afecta a quienes hubieran intervenido en el proceso en calidad de partes.

La cosa juzgada podrá ser invocada por cualquiera de las partes, independientemente de su posición en el litigio anterior.

Cuando el derecho respecto al cual se ha pronunciado la sentencia puede ser objeto de sucesión a título universal o a título singular, la autoridad de cosa juzgada se extiende también a los herederos o cesionarios.

Objeto: El objeto constituye lo que se pide concretamente en la demanda, es el derecho que se reclama.

Chiovenda, ha señalado, que el objeto "*es un bien de la vida*".

El objeto de comparación con el otro proceso es el derecho reconocido o negado en la sentencia en su referencia a lo fáctico reconocido en ella. Por eso, es que la identidad objetiva debe extenderse a ese derecho reconocido o relación jurídica declarada

Causa: La causa es el fundamento de la pretensión. Es el hecho jurídico que se invoca como fundamento de la pretensión.

6.3. Distinción entre cosa juzgada formal y cosa juzgada material

La cosa juzgada formal es la imposibilidad de reabrir la discusión en el mismo proceso, sea porque las partes han consentido con la resolución [illegible] o por haberse agotado los recursos, pero sin que obste a su [illegible] en otro juicio posterior.

[illegible] que la cosa juzgada formal está indicando que la resolución [illegible]. Ello es así frente a aquellas situaciones en que por mandato [illegible] autoridad adquirida por el fallo que queda firme, aún no se le [illegible] de inmutabilidad. Esa inestabilidad persiste mientras lo [illegible] discutido en otro proceso

[illegible] la cosa juzgada material, se produce no sólo la [illegible] también la inmutabilidad de lo decidido. Es decir, que [illegible] ningún recurso, y no se puede modificar lo decidido.

[illegible] cosa juzgada formal sin cosa juzgada material, pero no a la inversa. Pues la cosa juzgada material tiene como presupuesto a la cosa juzgada formal.

La sentencia dictada en juicio ejecutivo tiene fuerza de cosa juzgada formal y permite su ejecución, pero carece de fuerza juzgada material, porque queda a salvo al vencido el derecho a promover juicio ordinario para obtener su modificación.

Por otra parte, la sentencia dictada en juicio ordinario produce cosa juzgada material, porque supone la inadmisibilidad de todo recurso, y tiene como consecuencia la imposibilidad de modificar la decisión.

6.4. Formas en los distintos procesos

En familia hay sentencias que se mantienen sólo *rebus sic stantibus*, o sea, mientras se mantengan las circunstancias de hecho en que se fundamentó el pronunciamiento. Se trata de una limitación legal fundada en la naturaleza de la causa, que no tolera la definitividad frente al posible cambio de las cosas. Las más típicas son las sentencias que fijan alimentos y las que suspenden el ejercicio de la patria potestad, siendo muy frecuente esta situación en los procesos voluntarios: autorización para actos jurídicos, interdicción de capaces. La cosa juzgada se mantiene limitadamente, siempre y cuando no cambien las circunstancias.

En el ámbito de lo penal, se tolera la revisión de la condena en los casos taxativamente contemplados por la ley y se aplica, aun de oficio, la ley más benigna.

En materia laboral los acuerdos homologados adquieren el carácter de cosa juzgada material.



CAPITULO XIII
(Segunda Parte)

Principio de congruencia

por **Leonardo González Zamar**

1. Concepto

El tribunal al resolver la cuestión sometida a decisión, debe hacerlo de acuerdo al imperativo de congruencia, que «*es el principio normativo que delimita el contenido de las resoluciones judiciales que deben proferirse, de acuerdo con el sentido y alcance de las peticiones formuladas por las partes (en lo civil, laboral y contencioso administrativo) o de los cargos o imputaciones penales formulados contra el sindicado o imputado, sea de oficio o por instancia del ministerio público o del denunciante o querellante (en el proceso penal), para el efecto de que exista identidad jurídica entre lo resuelto y las pretensiones o imputaciones y excepciones o defensas oportunamente aducidas, a menos que la ley otorgue facultades especiales para separarse de ellas*» [1].

(1) Devis Echandía, Hernando, *Teoría general del proceso*, Universidad, Bs. As 1997, p 433

Es decir, que al momento de resolver, el judicante, debe pronunciarse sobre el *thema decidendum*, el cual se encuentra conformado por la plataforma que surge de las pretensiones deducidas por las partes. En efecto, aquellas constituyen el pivote en derredor del cual gira todo el debate dialéctico que tiene lugar en el proceso, y sobre el que ha de recaer el pronunciamiento definitivo [2].

De tal modo, entonces, la congruencia se cumple en la medida en que la sentencia o resolución judicial [3] se pronuncie en relación a lo que ha sido objeto de pretensión y resistencia a ésta. En otras palabras, sólo es congruente el fallo que se expide de conformidad a la pretensión del actor y la defensa esgrimida por el demandado; o a la acusación si se trata de un proceso penal; o a los escritos presentados por las partes con motivo de algún incidente suscitado durante el decurso del proceso.

La directriz examinada, es impuesta por las legislaciones rituales. Así el C.P.C. -ley 8465-, en relación a la sentencia de primera instancia establece en su art. 330 que «El tribunal deberá tomar por base en la sentencia la exposición de los hechos contenidos en los escritos de demanda y contestación o de ampliación, en su caso», y en orden a la sentencia de segunda instancia estipula -como regla general- en su art. 332 -primer párrafo-, que ésta «sólo podrá recaer sobre puntos que hubieren sido sometidos a juicio en la primera ... »

A tal principio, también aluden las leyes procesales cuando regulan el contenido que debe reunir la sentencia. Así sucede v.gr., con el C.P.P. -ley 8123 y sus modif.- que en su art. 408 inc. 2 instituye que la sentencia debe contener «... El voto de los jueces y jurados sobre cada una de las cuestiones planteadas en la deliberación, con exposición concisa de los motivos de hecho y de derecho en que se basen...». Otros cuerpos ... utilizan fórmulas similares en una norma independiente, tal lo

(2) ... esto no importa desconocer que resulta posible, tal cual lo enseña Clariá, ... también contenga pronunciamiento, sobre cuestiones previas que no ... resueltas como artículo de especial pronunciamiento (aut. cit., *Derecho procesal*, ... As., t. II, p. 224).

(3) ... destacar que el principio de congruencia se erige en una condición *sine qua non* no sólo ... pronunciamiento de la sentencia sino también de toda decisión judicial que responda a una petición de parte, aunque claro está, que *«es en la sentencia en donde este principio reviste su mayor importancia por tratarse del acto procesal del juez que satisface la obligación de proveer, que como representante del Estado le impone el ejercicio de la acción y del derecho de contradicción»* (Devis Echandía, ob. cit., p. 434).

... con la ley procesal del trabajo -Nº 7987 y sus modif.- que al ... supuestos en que la sentencia será nula, dispone la ineficacia ... sentencia que «Recayere contra persona no demandada, sobre ... sometidos a decisión...» (art. 65 inc. 4 ib.).

Lo verdaderamente trascendente es que, independientemente de ... la legislativa tenida en cuenta para regular el principio de ... su cumplimiento exige *«una rigurosa conformidad entre la sentencia (... o interlocutoria) y los sujetos, objeto y la causa que individualizan a la ... y a la oposición o, en su caso, a la demanda incidental y a su contestación»* ... de un proceso penal, de una estricta correspondencia ... y la sentencia.

... en relación a este último tipo de proceso, que el principio ... se expresa como *«la necesaria identidad entre el hecho delictivo ... la sentencia, el contenido en la acusación (tanto en la originaria, ... eventual ampliación), el intimado al imputado al recibírsele declaración, ... en la requisitoria fiscal de Instrucción (si existiere). Entre ellos, ... una correlación fáctica esencial, en resguardo del derecho de defensa. ... principio impedirá dar por válidamente incorporada en la acusación un ... estaba comprendido ni descrito en ella»* [5].

... parte, y aunque volveremos *infra* sobre el punto, cabe dejar, en ... desde ya, que el mentado principio, no rige en la órbita jurídica en ... del *iura novit curia*, conforme al cual el Tribunal puede desvincularse ... derecho que las partes pretenden de aplicación al caso.

2. Fundamentos del Instituto

La observancia de la directriz bajo examen, procura por un lado asegurar a las partes el respeto irrestricto al principio de igualdad ante la ley (art. 16 C.N.), toda vez que al constreñir la potestad decisoria del tribunal a la

(4) Palacio - Alvarado Velloso, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Explicado y anotado jurisprudencial y bibliográficamente*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1997, t. II, p. 114.

(5) Cafferata Nores, José I. y otros autores, *Manual de derecho procesal penal*, Ciencia, Derecho y Sociedad, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, U.N.C., Cba., 2003, p. 562.

acción deducida, les garantiza paridad de trato en lo que respecta al contenido de la decisión jurisdiccional.

En consecuencia, el principio de congruencia analizado desde esta perspectiva, tiende a colocar a las partes en iguales condiciones frente a la resolución judicial, a fin de que ésta se dicte respecto a la pretensión -o acusación si se trata de un proceso penal- y oposición, y no fuera de ella.

Al propio tiempo, el acatamiento del mentado principio, afianza el de la «inviolabilidad de la defensa en juicio» (art. 18 C.N.), pues le asegura al ajusticiado -en cualquier clase de proceso- que no podrá ser condenado en base a hechos o pretensiones respecto de las cuales no tuvo la posibilidad de audiencia y prueba (art. 75 inc. 22, C.N.).

Por su parte, y toda vez que el instituto en estudio, recepta -a través de las normas rituales ya citadas- el principio de identidad que es uno de los principios lógicos clásicos que deben regir la correcta construcción de la resolución judicial, puede establecerse que el fundamento del principio de marras, entronca, además, con el de otros mandatos, tal como el que impone a los magistrados fundar lógica y legalmente las sentencias -art. 155 Const. Pcial.-.

Sobre el particular, cabe tener presente que el acatamiento del principio de congruencia coadyuva a la correcta fundamentación de las resoluciones, a cuyo respecto, la Corte Suprema ha expresado que «... a la condición de órganos de aplicación del derecho vigente, va entrañablemente unida la obligación que incumbe a los jueces de fundar sus decisiones. No es solamente porque los ciudadanos puedan sentirse mejor juzgados, ni porque se contribuye así al mantenimiento del prestigio de la magistratura, que la mencionada exigencia ha sido prescripta por la ley. Ella persigue también la exclusión de decisiones irregulares, es decir, tiende a documentar que el fallo de la causa sea derivación razonada del derecho vigente y no producto de la voluntad individual del juez» [6].

Finalmente, se debe resaltar que la observancia del principio de congruencia y del imperativo de fundar lógica y legalmente las sentencias, tienden, en definitiva, a concretar el objetivo de «afianzar la justicia» que estipula el Preámbulo de la Constitución Nacional.

(6) C.S.J.N. *Fallos* 236 27.

3. Clases de «incongruencia»

La observancia del principio de congruencia al exigir que la sentencia se corresponda con la pretensión y la oposición en su caso, requiere que el decisorio se dicte en relación a los elementos que componen la pretensión, es decir sujeto, objeto y causa. La contravención a tal directriz da lugar al vicio de incongruencia subjetivo, objetivo o causal respectivamente.

Por su parte, en el proceso penal, la conformidad que exige la regla examinada, debe mediar entre la acusación y la sentencia, en relación a un doble flanco: objetivo y subjetivo. El primero de ellos, referido a la determinación de la existencia del hecho y su criminalidad, y el segundo, al imputado para atribuirle o no participación y responsabilidad penal en el hecho [7].

De modo que si falta esa correlación entre la acusación y el decisorio, sea por exceso o por defecto, o por diferencia total, habrá quedado sin juzgarse el hecho de la acusación, o se habrá condenado sin posibilidad de prueba y alegación por parte del imputado [8].

3.1. *Incongruencia subjetiva*

Desde el plano subjetivo, resulta incongruente la sentencia que condena a una persona que no ha sido demandada o acusada si se trata de un proceso penal.

Esta hipótesis de incongruencia, tiene lugar asimismo, v.gr., cuando la sentencia dictada en el proceso civil, condena a los socios individualmente, cuando la demandada fue la sociedad; o en los casos en que acoge la demanda a favor de quien no accionó. Por su parte, en los supuestos de sucesión o cambio en la persona de las partes originarias del proceso, resulta incongruente la sentencia, si se dicta a favor del litigante que ya cedió sus derechos y acciones.

(7) Clariá Olmedo, Jorge A., *Tratado de derecho procesal penal*, Ediar, Bs. As., t. IV, 1964, p. 288.
(8) Clariá Olmedo, *Tratado*..., ob. cit., en nota anterior p. 294

3.2. Incongruencia objetiva

Desde el punto de vista objetivo, la congruencia refiere a que la sentencia debe emitir pronunciamiento positivo o negativo sobre todas las pretensiones y oposiciones introducidas.

En efecto, el resolutorio debe respetar el objeto de la pretensión considerado desde el punto de vista *cuantitativo*, es decir, que no deberá condenar o absolver a más de lo que se ha reclamado [9], y desde el aspecto *cualitativo*, en cuanto no habrá de condenar a cuestión distinta de la pretendida [10], u omitir pronunciamiento sobre alguna de las pretensiones u oposiciones introducidas, en forma principal.

Por su parte, en materia penal la congruencia contemplada desde el andarivel del objeto, refiere a los hechos y circunstancias que conforman la materia de la acusación, respecto de los que deberá corresponderse la sentencia de condena o absolución.

Ello supone que *«el **factum** contenido en el documento acusatorio sea trasladado, sin alteración de sus aspectos esenciales, a la sentencia, exigencia que se justifica por la circunstancia de que el hecho que se atribuye al encartado marca el límite de la jurisdicción del tribunal de juicio (debe fallar sobre ese hecho y no sobre otro). También la sentencia debe fundarse en el contradictorio, el cual desaparece si se condena por un hecho respecto del que el imputado no pudo refutar ni 'contra-probar', por no haber sido oportunamente informado sobre él ..»* [11]

[illegible] nte ejemplo se examinan los principales supuestos que pueden presentar- [illegible] aspecto cuantitativo del elemento objetivo de la pretensión, y en qué [illegible] encia *Juan solicita al juez que condene a Pedro a abonarle la suma de* $ 1 000 [illegible] *demanda. Sentencia que:* a) condena a Pedro pagar más de $ 1.500: es [illegible] «más» de lo pedido por Juan, b) condena a Pedro a pagar $ 800: es [illegible] dentro de los límites de lo controvertido; c) rechaza la demanda [illegible] nte porque se expide dentro de lo que fue materia de debate; d) [illegible] lugar a la demanda condenado a Pedro a abonar la suma de $ 1.000: es congruente

(10) Así media incongruencia en el caso en que lo demandado es sólo la rescisión de un contrato y el Tribunal en la sentencia, además de hacer lugar a tal pretensión, condena a pagar los daños y perjuicios.

(11) Cafferata Nores, José I. y otros, ob. cit., p. 562

3.2.1. Sentencia ultra petita

El fallo en materia civil, laboral, contencioso administrativo, y de familia, no debe exceder lo que es objeto de pretensión de las partes *ne eat iudex ultra petita partium*.

Lesiona tal principio, la sentencia que concede «cuantitativamente» más de lo que ha sido objeto de reclamo en la demanda. Así, el resolutorio es *ultra petita* cuando condena a pagar una suma mayor a la reclamada en el libelo inicial.

Cabe aclarar que, en algunas legislaciones rituales, se establece expresamente que la sentencia puede ser dictada *ultra petita*, debiendo ajustarse a las disposiciones legales en vigor. Tal es lo que dispone el art. 63 *in fine* de la ley procesal del trabajo 7987 y sus modif..

Al respecto, cabe señalar, que si bien una interpretación literal de la norma, autoriza a concluir que está permitido dictar sentencias *ultra petita*, la doctrina y la jurisprudencia le asignan a tal precepto, un significado diverso. Así sostienen que tal imperativo legal vino a corregir la disposición correlativa contenida en la ley 4163 que admitía la posibilidad de dictar sentencias *extra petita*, debiendo interpretarse la norma vigente en el sentido de que el juez debe ceñirse en su pronunciamiento a las acciones ejercitadas, puesto que de lo contrario implicaría condenar injustamente a una de las partes sin darle oportunidad de defenderse y producir prueba.

De tal modo, debe entenderse que *«La posibilidad de resolver **ultra petita** está referida siempre a la misma acción de manera que no podría demandarse un determinado rubro emergente de la relación de trabajo y condenarse por otro ... La posibilidad de resolver **ultra petita** está en pronunciarse sobre la misma acción si de la prueba resultare que corresponde una suma superior a la pedida»* [12].

En materia penal no opera esta clase de incongruencia por el hecho de que la cuantía de la pena es regulada por la ley, siendo deber del juez aplicarla de oficio. De tal modo, entonces, si el juez la excede se tendrá un error de fondo y violación directa de aquella -vicio en la aplicación de la ley sustancial-, pero no hay incongruencia [13].

(12) Somaré I. José - Mirolo, René R., *Comentario a la ley procesal del trabajo de la pro[illegible] Córdoba*, Nº 7987, Advocatus, Cba., 1992, p. 408.

(13) Devis Echandía, ob. cit., p. 442

(14) Devis Echandía, ob. cit., p. 443

3.2.2. Sentencia *citra petita*

La sentencia civil, laboral, contencioso administrativa y de familia, debe pronunciarse sobre todas las pretensiones formuladas por las partes: *ne eat iudex citra petita partium*

Infringe este principio, la sentencia que omite expedirse sobre alguna de las pretensiones u oposiciones que fueron oportunamente introducidas al debate, o respecto a alguna de las cuestiones comprendidas en ellas, y que sean conducentes para la solución del pleito.

En tal línea conceptual, hay lesión al principio bajo examen cuando alguna de las partes peticiona que se le impongan a la contraria, sanciones por inconducta procesal, por la actitud manifiestamente dilatoria asumida en el pleito, y el juez en la sentencia no aborda el tratamiento de tal petición.

Asimismo, transgrede tal directriz -v.gr.- la sentencia que sólo se pronuncia sobre la nulidad, dejando incontestada la pretensión indemnizatoria, si se demandó la nulidad del contrato y el resarcimiento de los daños ocasionados.

En cambio, no se conculca el principio de congruencia, cuando la falta de tratamiento expreso a una pretensión está motivada en el rechazo de otra, pues se ha dado una respuesta implícita al planteo. Así ocurre -v.gr.- cuando prospera la totalidad de la pretensión en que se demanda el cumplimiento de un contrato, y no media pronunciamiento expreso que rechace la pretensión reconvencional tendiente a la rescisión de aquél.

No se infringe el principio de congruencia, cuando se acumula una pretensión a título subsidiario, y no recae decisión sobre esta última como [illegible]encia del acogimiento o el rechazo de la pretensión principal. De [illegible], por ejemplo, si el demandado opone excepción de pago y de [illegible], es innecesario el pronunciamiento sobre esta última si fue [illegible]mera.

[illegible] principio de congruencia el fallo que condena al demandado [illegible]ma menor que la reclamada por el actor, en la medida en [illegible] no se haya allanado, pues el juez debe verificar la [illegible]ento.

[illegible] se configura esta categoría de incongruencia [illegible]encia deja de resolver sobre alguna de las imputaciones formuladas al imputado.

3.2.3. Sentencia *extra petita*

La sentencia civil, contencioso administrativa, y de familia, no deben expedirse sobre un objeto diferente al peticionado por las partes: *ne eat iudex extra petita partium*. Este aspecto de la congruencia alude a la correspondencia «cualitativa» entre lo que se peticiona y se resuelve. En esta línea, «*se entiende que hay desarmonía cualitativa, cuando se otorga un derecho diferente al pedido, aunque verse sobre el mismo bien, o se declara una relación jurídica diferente; o se otorga lo pedido pero por una causa petendi distinta a la invocada en la demanda, ya que siendo aquella uno de los elementos que estructuran la pretensión, si varía se habrá concedido algo diferente de lo pedido en la demanda*»[14].

Se inobserva tal regla cuando el resolutorio se pronuncia sobre una materia distinta de la que fue objeto de pretensión. Ello ocurre, por ejemplo, cuando la sentencia condena a abonar los daños y perjuicios derivados del incumplimiento del contrato, mientras que en la demanda se reclamó su resolución.

También incurre en este defecto -v.gr.-, la sentencia que declara el divorcio vincular cuando lo demandado es la nulidad del matrimonio.

Por su parte, en materia penal esta clase de congruencia se traduce en que la sentencia debe circunscribirse a resolver sobre las imputaciones hechas al imputado.

3.3. Incongruencia causal

Desde el punto de mira de la *causa petendi*, considerada ésta como los hechos o antecedentes fácticos invocados por las partes, como fundantes de su pretensión u oposición [15], también puede mediar incongruencia. Así, adolece de tal vicio la sentencia que condena al demandado en base a circunstancias de hecho ajenas a las invocadas por el actor, o la que rechaza la demanda, acogiendo una oposición haciendo mérito de cuestiones de hecho extrañas a las invocadas por el accionado.

(15) Desde luego que no pueden incurrir en esta categoría de incongruencia, las [illegible] cias dictadas en sede penal, por cuanto a su respecto -como explica Clariá- son los [illegible] expuestos en la acusación y la individualización del imputado los que determinan el a[illegible] de la imputación *Tratado*, p 293

4. El principio *Iura novit curia*

Previo a ingresar al tópico del epígrafe, es del caso tener presente que el juzgador en la etapa de los «considerandos» de la sentencia, procede a aplicar el derecho, lo que implica, esencialmente, la reconstrucción de los hechos o fijación de la plataforma fáctica en base a la prueba acompañada, y la elección de la norma aplicable.

En cuanto a la primera de las labores enunciadas, el juez actúa -al decir de Calamandrei- como un historiador, pues examina los documentos, las declaraciones de los testigos, estudia los dictámenes penciales, etcétera, a fin de tener por comprobada la existencia o inexistencia de los hechos alegados, estableciendo si son conducentes a los efectos de la litis [16].

La actividad que desarrolla el juez en esa fase de la sentencia, debe procurar una adecuada aprehensión, y determinación de los hechos. La trascendencia de tal labor finca en que «*si hay errores o arbitrariedades o lagunas en la determinación de la plataforma fáctica del caso, se incurrirá en defectos en la identificación de la norma que lo rige y en su aplicación*» [17]. Cabe agregar, que en tal faena de fijación de los hechos, el judicante sólo puede tener en cuenta la prueba introducida regularmente al proceso, sea por iniciativa de las partes o de oficio.

Ahora bien, una vez determinados los hechos, el sentenciante procede a efectuar la denominada «subsunción legal» que consiste en el encuadramiento del material fáctico en una categoría o concepto jurídico, para determinar las consecuencias que la ley hace derivar de esos hechos. En tal operación, el juez es soberano conforme al principio *iura novit curia* [18].

Por vía de esta directriz, al judicante le corresponde la delicada misión de aplicar a los hechos expuestos, el derecho que corresponda, con [illegible]cindencia de que éste haya sido o no invocado por las partes. Por lo [illegible] podrá asignar otra norma jurídica que la que las partes de común [illegible] retendan que rige en el caso.

[illegible] *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial*, 2ª ed., Ediar, Bs. A. [illegible]

[illegible] Julio, *La sentencia civil*, Platense, La Plata, 1994, p. 77

(18) Couture explica que este aforismo (el derecho lo sabe el juez) significa, pura y simplemente, que el tribunal no se halla atado por los errores o las omisiones de las partes y que en la búsqueda del derecho todos los caminos se hallan abiertos ante él. *Fundamentos del derecho procesal civil*, 4ª ed., Julio César Faira Editor, Bs. As., 2002, p. 234

De tal modo, entonces, el principio de congruencia en cuanto import[illegible] un valladar que en la *quaestio facti* el tribunal no puede trasponer, no [illegible] en el plano de la cuestión de derecho, en virtud del *iura novit curia*.

El principio bajo examen se encuentra contemplado expresament[illegible] en algunos ordenamientos adjetivos, tal como en el C.P.P. -ley 8123 y su[illegible] modif.. Dicho cuerpo legal establece en su art. 410, que en la sentenc[illegible] el tribunal podrá dar al hecho contenido en la acusación «una calificació[illegible] jurídica distinta», aunque deba aplicar penas más graves, siempre que [illegible] delito no sea de competencia de un tribunal superior. Ello importa que [illegible] tribunal está constreñido a los hechos que han sido materia de [illegible] acusación, pero no por la calificación que se les ha dado, pudiendo t[illegible] como lo autoriza la norma, asignarles una calificación jurídica distinta[illegible]

Finalmente, se debe tener presente que por aplicación del princip[illegible] en estudio, queda excluida la posibilidad de que so pretexto de [illegible] aplicación, el juez introduzca oficiosamente en la sentencia, accio[illegible] -acusaciones- o defensas, no deducidas oportunamente, pues tal activi[illegible] estaría reñida con el principio de bilateralidad, y se traduciría, en definit[illegible] en una transgresión al principio de congruencia, con lesión al dere[illegible] constitucional de defensa en juicio.

CAPITULO XX

Modos anticipados de terminación del proceso

por Anahí Sandiano

Sumario: 1 Introducción 1.1 Allanamiento. Naturaleza jurídica Caracteres y efectos. 2. Desistimiento. 2.1 Desistimiento de la acción Efectos. 2.2. Desistimiento del derecho 3 Transacción Efectos. 4 Conciliación Forma y efectos 5. Perención de instancia Impulso procesal. 5.1. Plazo. Actos interruptivos 5.2. Suspensión del curso de la caducidad Trámite Legitimación. Efectos

1. Introducción

La sentencia definitiva constituye el modo normal de culminación del proceso jurisdiccional a la cual se arriba una vez realizada su integral tramitación [1]. Sin embargo, existen otros medios susceptibles de concluirlo. Estos son: el desistimiento, el allanamiento, la transacción y la caducidad o perención de la instancia. En otras oportunidades, no

(1) Cafferata Nores, José I., Derecho Procesal Penal Consenso y Nuevas ideas, Fundamentos del Proyecto presentado ante la H. Cámara de Diputados de la Nación, Exp 1581-D-98 del 1/4/98 Actos procesales que para cumplir el modelo constitucional, se encuentran ordenados a semejanza de una cadena (eslabonados) de modo que cada uno es antecedente del siguiente y consecuente del anterior

afecta el derecho sustancial que asiste a las partes y posibilitan la reproducción de la pretensión en un proceso posterior [2]. Se los denomina medios anómalos por dos motivos [3]: a) Porque no ha transcurrido la totalidad del proceso y ha quedado abortado o concluido sin que se haya desarrollado; b) El truncamiento del proceso surge por voluntad de los contendientes que tratan de evitar un desgaste jurisdiccional sustrayendo de la jurisdicción el conflicto [4].

Dichos modos permiten que el proceso termine anticipadamente, ya sea por voluntad de las partes o por otras contingencias que impidan su continuación, sin perjuicio que algunos impiden su posterior renovación.

En cuanto a su denominación, además de "anticipados", también se los conoce como "excepcionales", "anormales" o "anómalos". Es importante aclarar que éstas últimas expresiones no son muy precisas, en tanto no comunican su verdadero sentido. Ese no es otro que establecer la diferencia con el modo "normal" de terminación: la sentencia jurisdiccional, a la cual se arriba luego de la total tramitación de la causa en aras de lograr la decisión del conflicto por parte del juez. Con este vocablo, quiere significarse en particular, la excepcional manera de finalización del proceso.

Cabe señalar que los modos anticipados pueden estar o no captados en el procedimiento civil, laboral, de familia y penal. Tal circunstancia depende en definitiva, del modelo político procesal que lo exterioriza y del sistema de valores que lo nutre [5].

El abordaje de los medios anómalos de conclusión del proceso, se realizará en forma individual, dando el concepto con referencias a su concreción legal en los cuerpos formales, señalando sus caracteres y efectos, según los diferentes procedimientos mencionados. Al respecto, advertimos que un estudio pormenorizado de la normativa, corresponde a las ramas específicas.

Así, en el orden legislativo, el Código Procesal Civil y Comercial de Córdoba los agrupa en el Libro Primero, Parte General, en el Capítulo V

(2) Pala[illegible], *Manual de derecho procesal civil*, 2ª ed. actualizada, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1968, t. II [illegible]

(3) Ferrer Martínez, Rogelio y otros, *Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba. Comentado y concordado*, Advocatus, Cba., 1999

(4) Ferrer Martínez y otros, ob. cit., p. 624

(5) Cafferata Nores, ob. cit.

sobre Conclusión del juicio, con específica referencia en la sección segunda a la *Perención de instancia* y en la Sección siguiente a los restantes, bajo el título *Otros medios anormales*. Por su parte, la ley ritual de la Nación [illegible] incluye a todos incorporando, además, la Conciliación en su Parte General en el Título denominado *Medios anormales de terminación del proceso*. Dedica a cada uno un capítulo en particular.

En cuanto a la ley ritual de familia de Córdoba, se puede observar un orden diferente en el tratamientos de estos medios. En cuanto a *Perención de instancia* se destina el Capitulo V, Sección V, a partir del art. 120 y ss. instituto que se aplica limitadamente a dos hipótesis de excepción, ya que rige en el trámite el impulso procesal de oficio [6]. En tanto, los restantes medios conclusivos encuentran diferente ubicación. Por su parte, el Código Procesal Laboral de Córdoba -ley 7987-, en virtud de los principios que lo inspiran, dedica a la conciliación un marcado espacio; recuérdese que la conciliación constituye una fase del proceso. Dado que rige en este trámite el impulso procesal de oficio, no encuentra previsión la perención o caducidad de instancia, pero sí existe expresa mención sobre desistimiento.

En el caso particular de estos dos ordenamientos (familia y laboral) existe una remisión al Código Procesal Civil y Comercial -ley 8465 y modif. para la aplicación supletoria de éste, como precepto integrador de nuestro sistema procesal [7]. Es oportuno recordar, que mientras que el procedimiento civil es marcadamente dispositivo y de doble instancia, el de familia y laboral presentan una orientación inquisitiva y son de instancia única.

Un diferente panorama nos muestra el procedimiento penal. En una concepción dogmática del proceso penal, la Constitución legitima el poder del Estado de aplicar penas a los ciudadanos incursos en conductas encuadradas en la normativa del Código Penal (art. 75 inc. 12). Dicho ordenamiento (art. 75 incs. 12 y 22 tanto como el art. 18) prescriben los límites al ejercicio de ese poder, la garantía de los ciudadanos en cuanto a quien lo aplicará y cómo debe hacerse. Si bien estas bases no son patrimonio exclusivo de este procedimiento tienen características propias

(6) Sólo son a petición de parte el pedido de elevación de la causa a juicio y la vista de causa, art. 120 ley 7676 y modificatorias de procedimientos de familia de Córdoba.

(7) Art. 183 ley 7676: "En todo lo que no esté expresamente previsto en esta ley se aplicarán las disposiciones de la Ley Orgánica del Poder Judicial y del Código de Procedimientos en lo Civil y Comercial y la Leyes que los modifiquen o cumplimenten". Art. 114 ley 7987: "El Código de Procedimientos Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba y las leyes que lo modifican serán de aplicación supletoria en los casos en que no estén especialmente regidos por esta ley".

en cuanto a la existencia de un acusador (fiscal como órgano público), un tribunal jurisdiccional (juez) y el respeto a las garantías del imputado (resaltándose de manera concreta el goce de un estado de inocencia hasta sentencia). Ello no permite o impide la conclusión anticipada del proceso por los medios anómalos. Se advierte la necesidad jurídica de sancionar o absolver al acusado (ciudadano) sólo a través de la sentencia jurisdiccional [8]. La jurisdicción no atenderá la voluntad del acusado, sino que ella se satisface en la aplicación de la ley

1.1. Allanamiento. Naturaleza jurídica. Caracteres y efectos

El allanamiento es un acto jurídico-procesal por medio del cual la parte demandada se somete a las pretensiones de la parte actora, declinando así toda oposición [9]. Alsina lo define como "*el acto por el cual el demandado admite más que la actitud de los hechos, la legitimidad de las pretensiones del actor*". Se trata de un acto unilateral y de disposición de la relación jurídico procesal. Sin embargo, es oportuno reflexionar que si bien los [illegible] transcriptos refieren a que el allanamiento importa la aceptación [illegible] ones deducidas por el accionante, o su legitimidad o su [illegible] en realidad resulta indiferente el motivo por el cual la parte [illegible] expresa su voluntad en ese sentido, inclusive puede no [illegible] razones del actor, y someterse a sus pretensiones [10]. Ello [illegible] pues cuestiones de conveniencia económica, atento la [illegible] no generar imposición de costas o bien atemperarlas [11]. [illegible] resulta más preciso decir que esta figura importa el [illegible] demandado a la pretensión del actor, y no a la demanda.

[illegible] p. 50/51
[illegible] *Conocimiento*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, t. II, p. 321
[illegible] Lex, Bs. As., 1973, p. 147.
[illegible] estar el traslado la parte se hubiere allanado en forma [illegible] efectiva, las costas se impondrán por su orden, a menos [illegible] de la reclamación, Si además del allanamiento resultare que [illegible] dado motivo a la promoción del juicio, las costas se impondrán al [illegible] "No se impondrán costas al vencido: 1) Cuando hubieren sido reconocidas [illegible] las pretensiones de su adversario allanándose a satisfacerlas, a menos

pues ésta contiene aquélla. Su objeto se circunscribe a relaciones jurídicas disponibles, es decir, que no involucren el orden público [12].

La doctrina no es pacífica respecto de la naturaleza jurídica del allanamiento. Una primera división se manifiesta en las denominadas: a) Teorías procesalistas, entre las que encontramos que algunos autores -Alcalá Zamora, Rosenberg, Alsina entre otros- lo ubican entre los actos procesales (Teoría el acto procesal) [13]. Otro sector posiciona al allanamiento en la discutida categoría del negocio jurídico procesal (Teoría del negocio jurídico procesal) [14]; b) Teorías contractualistas, sostienen que se trata de una institución típica del derecho material -Carnelutti- y es tomada como un medio de extinguir la obligación.

Carlo Carli señala que el allanamiento debe clasificarse entre los actos de causación, que por un lado comprende los convenios procesales (transacción y conciliación) y por otro las declaraciones unilaterales de voluntad entre las que se encuentra el allanamiento, al cual según este autor opina se le pretende significar estérilmente como una "*participación de voluntad*" [15]. Explica que en los actos jurídicos procesales existen participaciones de conocimiento que el juez valora en la sentencia para declarar certeza y en consecuencia admite o rechaza la pretensión de actor, mientras, que cuando existe una declaración de voluntad del demandado de admitir la pretensión del actor, el juez prescinde de las participaciones de conocimiento y dicta la sentencia de acuerdo a la

que hubiere incurrido en mora o que por su culpa hubiere dado lugar a la reclamación, 2) Cuando se allanare dentro del quinto día de tener conocimiento de los títulos e instrumentos tardíamente presentados. Para que proceda la exención de costas, el allanamiento debe ser real, incondicionado, oportuno total y efectivo. Si de los antecedentes del proceso resultare que el demandado no hubiere dado motivo a la promoción del juicio y se allanare dentro del plazo para contestar la demanda, cumpliendo su obligación, las costas se impondrán al actor".

(12) Carli Carlo, ob. cit., p. 157: "... que sean transigibles o renunciables (arts. 842 y ss., 953 del Código Civil)".

(13) Quienes la propugnan sostienen que el allanamiento es un acto procesal, el cual puede ser calificado como un acto de parte, de carácter unilateral pues no es necesaria la conformidad del actor y por sus efectos puede considerarse como un acto extintivo del proceso que provoca su extinción anticipada.

(14) Para sus sostenedores el allanamiento significa una declaración de voluntad de someterse a la pretensión del actor renunciando a la oposición y que si alguna categoría se aproxima es a la de los negocios jurídicos de reglamentación o fijación.

(15) Carli, Carlo, ob. cit., p. 154

pretensión del actor, observando sólo si el demandado pudo lícitamente renunciar al derecho de oposición [16]. De este modo, si corresponde dictará sentencia de allanamiento. Cabe aclarar, que no obstante lo expresado en el inicio del presente, no se excluye la necesidad de su dictado, pero éste tendrá un contenido diferente, en cuanto a que el juez no "definirá el conflicto", sino que lo hará en función del mentado allanamiento. Si el allanamiento es parcial, es decir, en cuanto se acepta sólo parte de la pretensión esgrimida, se continuará la tramitación del procedimiento por los hechos que surjan como controvertidos. De darse este supuesto la decisión definitiva contemplará el allanamiento y la resolución del conflicto, en relación a tales hechos controvertidos.

El enfoque excesivamente privatístico de este instituto lo ha ubicado erróneamente en la legislación procesal, entre los "modos anormales de terminación del proceso", como ya se dijo, el juez dictará sentencia conforme a derecho (ver nota 9) [17], en virtud de que el allanamiento en sí, carece de fuerza decisoria [18].

Para que el allanamiento surta efectos en el proceso debe ser oportuno, incondicionado, total y expreso. La oportunidad refiere al momento o secuencia en que el allanamiento puede acaecer en el proceso. En principio, el allanamiento no está sujeto a exigencias de temporalidad dentro del proceso, siempre que se produzca con anterioridad a la sentencia [19]. Sí es menester que éste se haya abierto para que el

(16) Art. 352 2° párr. C.P.C.: "El Tribunal dictará sentencia conforme a derecho, pero si [illegible] comprometido el interés público, el allanamiento carecerá de efectos y continuará el [illegible] su estado". En idéntico texto, art. 307 2° párr. C.P.C.N.

(17) [illegible] la Rúa-González de la Vega de Opl, ob. cit., p. 627: "... *En esta tarea el juez resolverá* [illegible] *libertad en la aplicación del ordenamiento vigente, para lo cual analizará y determinará* [illegible] *norma objetiva que otorgue sustento a la pretensión sostenida por el actor*".

(18) [illegible] compartida por Palacio (*Manual*, cit., t. I, p. 411: "*El hecho de que el demandado se* [illegible] *actor no exime al juez de la obligación de dictar sentencia sobre el fondo del asunto.* [illegible] *en nuestro derecho de la fuerza decisoria que tuvo, por ejemplo, en el derecho* [illegible] *el allanamiento no es susceptible de substituir la actividad del juez, resulta impropio* [illegible] *dos equivalentes jurisdiccionales...*") y Alsina (*Tratado* t. III, p. 186: "... *puede* [illegible]*; en el primer caso el juez dictará sentencia de inmediato...*").

(19) Art. 152 1er párr. C.P.C.: "El demandado podrá allanarse a la demanda en cualquier estado de la causa anterior a la sentencia ...". Art. 307 1er párr. C.P.C.N.: "El demandado podrá allanarse a la demanda en cualquier estado de la causa anterior a la sentencia ...".

demandado pueda manifestarlo [20]. Es decir, que puede expresarlo en cualquier etapa del proceso [21] sin perjuicio la diversidad de consecuencias económicas dimanadas de la imposición de costas que ella traiga aparejada para quien se allanó [22].

Lo dicho debe circunscribirse a la primera instancia, ya que en una segunda o extraordinaria, no cabe esta figura sino la del acatamiento a la sentencia dictada.

Además, el allanamiento debe ser incondicionado, esto es, su formulación debe serlo sin reservas ni reticencias. Su eficacia no debe supeditarse al cumplimiento de ninguna circunstancia especial. Este carácter incide sobre la pretensión principal del actor; sobre las condenas accesorias que pueda contener la sentencia, el juez es soberano.

La doctrina nacional sostiene que el allanamiento puede ser total o parcial, según recaiga sobre todas o algunas de las pretensiones planteadas en la demanda (objetivo) o en relación a alguno de los litis consortes en caso de tratarse de litis consorcio voluntario.

Si es parcial, la causa continúa por las otras y se dictará una sentencia que contemple, el objeto de allanamiento y la decisión que por el resto arribe el juez.

Este instituto tiene sentido cuando el demandado se somete a la pretensión del actor, en su integridad, pero si éstas fueren varias, tendrá validez cuando sean separables. De allí que para que este acto de disposición configure un modo anómalo de culminación del proceso, debe ser total.

(20) *De de la Rúa-González de la Vega de Opl*, ob. cit., p. 626: "La actitud de allanamiento puede ser asumida por el demandado cuando ha sido corrido el traslado de la demanda".

(21) C.S.J.N., 27/4/89, in re "*Caja Com. de Previsión para la Actividad Docente c/ Provincia de Tucumán*": "*El allanamiento no pone fin a la instancia sino a la resolución que admite tal pedido* (art. 3[illegible] C.P.C.N.) *por lo cual procede declarar la caducidad de la instancia por el transcurso de los plazos previstos por el art. 310 inc. 4 si no se ha llegado a dictar dicha providencia*".

(22) 11688 Cám. 1ª C. y C. Cba., 17/3/94, Sent Nº 22 (tribunal de origen 12ª): "... Entender que es necesario que primero se trabe la litis para que después pueda allanarse el demandado [illegible] un verdadero absurdo; es exigible a quien reconoce el derecho del contrario que [illegible] oponga aunque no quiera. "Litis" es lucha y requiere al menos dos contendientes; [illegible] quiere litigar y se allana, ¿cómo es posible que se crea que se le debe obligar a defenderse o cumplir etapas en las que se da tal oportunidad? En ninguna norma legal se ha establecido que el allanamiento puede hacerse sólo después de la traba de la litis y no hay tampoco razón que permita interpretarlo. Por el contrario, se ha entendido que el demandado puede allanarse en cualquier momento

El allanamiento debe ser expreso, por lo que su formulación debe ser categórica, de manera que no ofrezca dudas la declaración de voluntad del demandado.

Parte de la doctrina admite el allanamiento tácito, el cual podría inferirse de la actitud del demandado concordante con la pretensión del actor [23]. Lo peligroso de aceptar esta modalidad es que el juez tendría que interpretar los hechos o actos del demandado como significativos de allanamiento a la pretensión del actor, lo cual podría ser pasible de confusión con el "reconocimiento de hechos" [24].

El efecto propio del allanamiento, es el de truncar el trámite, pasando directamente al dictado de la sentencia. El juez debe dictar sentencia sobre el fondo del asunto ya que el allanamiento por sí carece de fuerza decisoria por sí mismo en dicha oportunidad el juez puede desestimarlo y disponer la continuación de la causa si su objeto se encuentra sustraído al poder dispositivo de las partes.

En el supuesto de litis consorcio surgen diferentes efectos según sea voluntario o necesario. En el primero, el allanamiento de un litis consorte autoriza a dictar sentencia respecto de él. En el segundo, tal actitud carecerá de eficacia, en razón de la indivisibilidad que singulariza el objeto del proceso, por tal motivo para que surta efectos deberán expresarlo todos los litisconsortes (demandados) [25].

También alcanzan los efectos a las costas, tanto en la ley ritual civil y comercial cordobesa, como en la nacional, tal como ya se expuso establecen por el orden causado, si se efectúa al contestar el traslado, siempre que [illegible] de manera real, incondicionada, oportuna, total y efectiva [26].

[illegible] cit. p. 410

[illegible] cit. p. 151 "[illegible] "confesión", "admisión" y "reconocimiento" se encuentran [illegible] pero el reconocimiento se diferencia de las anteriores, en que no gravitará sobre los [illegible] precisamente allí reside la mayor dificultad, dado que el reconocimiento del [illegible] do con el allanamiento a la pretensión"

[illegible] 112

[illegible] 78, *In re* "Ambrune Hugo A c/ Cukierman Carlos", L.L. 1979- [illegible] objetivo seguido en materia de costas, el allanamiento, por [illegible] pretender que no se impongan pues además de ser real incondicionado y oportuno, es necesario que sea efectivo y se requiere que no haya existido necesidad de litigar"

Si además, resultare que el demandado no hubiere dado motivo a la promoción del juicio, las costas se impondrán al actor (art. 131 C.P.C.; y art. 70 C.P.C.N.).

Es oportuno atender a la legislación procesal de familia (ley 7676 y modif) tanto como laboral (ley 7987) por cuanto no contienen una regulación específica sobre este instituto, razón por la cual es aceptable en cuanto la naturaleza de la pretensión lo permite, la remisión a las normas del Código Procesal Civil y Comercial.

2. Desistimiento

Alsina define este instituto como el acto por el cual el actor manifiesta su propósito de no continuar el proceso [27]. El desistimiento muestra la idea de renuncia de un sujeto activo, sin necesidad de expresar los motivos, pero como puede tener distinta finalidad hay que atender a esta última para su caracterización. Dicha finalidad puede tener en miras la abdicación del procedimiento o del derecho [28].

Palacio opina que no es posible enunciar un concepto unitario del desistimiento como institución procesal, pues adquiere características propias según la finalidad, como anteriormente se mencionó.

Tales conceptos descartan la posibilidad de extinguir un determinado acto procesal, la cual cabe tanto al actor, como al demandado cuando renuncian a cualquier petición que formulen en el proceso, por ejemplo al planteamiento de un recurso o a la interposición de un incidente, etcétera.

El desistimiento puede ser total o parcial, objetiva y subjetivamente. Esto puede ocurrir en la hipótesis de acumulación de pretensiones, si se renuncia a alguna de ellas o en la de litis consorcio si se desiste respecto de algunos de los codemandados o lo hacen parte de los actores. Sin embargo, cabe aclarar que no es posible el desistimiento parcial subjetivo ante un litis consorcio necesario.

(27) Alsina, Hugo, *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial* Ediar, Bs. As., 1961, t. IV, p. 483.

(28) Vénica, Oscar Hugo *Código Procesal Civil y Comercial de Córdoba Ley 8465*, Lerner, Cba., 1999, p. 343

Otro supuesto puede ocurrir si se modera una única pretensión, implicando tal actitud un desistimiento parcial objetivo.

Como ya se expresó, se caracteriza por la abdicación a continuar la causa. Esta puede adoptarse de dos diferentes maneras, según distingue la ley ritual: a) Desistimiento de la acción, así llamada cuando la voluntad del demandante se expresa en el sentido de no continuar el procedimiento e importa la extinción de la relación jurídica procesal, o b) Desistimiento del derecho, que implica la renuncia a la pretensión.

2.1. Desistimiento de la acción. Efectos.

El desistimiento de la acción implica la renuncia de la actora a proseguir el procedimiento o bien su tramitación sin afectar el derecho que entiende le asiste, permitiéndose que reedite el proceso desistido [29]. A través de la jurisprudencia se lo menciona también como desistimiento de la instancia o del procedimiento [30].

El desistimiento tiene que expresarse por escrito [31], en forma clara de forma tal que no admita ambigüedad en la interpretación de lo que se quiere expresar [32].

Si se formula antes de la notificación de la demanda debe entender como una manifestación unilateral. En cambio si se expresa, luego de notificarse ésta, es menester que preste su conformidad de la parte demandada [33], ya sea expresa o tácitamente, tornándose en este caso

(29) "*El desistimiento del proceso podemos decir que es el acto por el cual el accionante formula su [illegible] en forma gráfica e inequívoca tendiente a poner fin al juicio o proceso*". Ferrer Martínez y otros, [illegible] 625.

[illegible] Alsina, ob. cit., p. 488.

[illegible] Art. 351 C.PC. y 306 C.PC.N. en textos idénticos rezan: "El desistimiento no se presume [illegible] vocarse hasta tanto el juez se pronuncie o surja del expediente la conformidad [illegible]

[illegible] expresa: "*El desistimiento no se presume y requiere un acto inequívoco de la parte* [illegible] *necesariamente sacramental* [illegible]". Comentario al Código Procesal Civil [illegible] y leyes complementarias.

[illegible] Art. [illegible] "... Cuando el actor desistiere del juicio después de notificada la demanda [illegible] la conformidad del demandado, a quien se dará traslado notificándosele, bajo apercibimiento de tenerlo por conforme en caso de silencio. Si mediare oposición carecerá de eficacia y proseguirá el trámite de la causa. El recurrente podrá desistir en

unilateral. Esta condición radica en el interés de la parte demandada [illegible] definición del pleito. Así podría exigir la continuación del procedimiento, hasta dictarse la sentencia definitiva y así alcanzar el beneficio de la cosa juzgada [34].

El Código Procesal Civil y Comercial de Córdoba asigna como trámite el traslado a la contraria -notificándosele- bajo apercibimiento de tenerlo por conforme en caso de silencio [35]. La ley adjetiva nacional establece una similar regulación, aunque al referirse a la notificación fija los modos en que debe practicarse (personalmente o por cédula) [illegible].

En cambio, si el desistimiento de la acción se formula con anterioridad a la notificación, se trata de un acto netamente unilateral, razón por la cual basta la renuncia para que el tribunal determine concluida la causa.

Lo expuesto permite expresar que la oportunidad para desistir se produce desde que se interpone la demanda. En tal sentido, carecerá de eficacia si esto ocurre después de la sentencia, pues una vez dictada ésta, tal manifestación se torna jurídicamente imposible [36].

En el caso particular de la segunda instancia, el recurrente podrá desistir de la impugnación planteada en cualquier estado de la causa, situación que dejaría firme la resolución recurrida [37].

cualquier estado de la causa". Art. 305 C.PC.N.: "...Cuando el actor desistiera del proceso después de notificada la demanda, deberá requerirse la conformidad del demandado, a quien se dará traslado *notificándosele personalmente o por cédula*, bajo apercibimiento de tenerlo por conforme en caso de silencio. Si mediare oposición, el desistimiento carecerá de eficacia y proseguirá el trámite de la causa".

(34) Alsina, ob. cit., p. 492.

(35) Art. 349 C.PC.: "... Cuando el actor desistiera del juicio después de notificada la demanda deberá requerirse la conformidad del demandado, a quien se dará traslado notificándosele, bajo apercibimiento de tenerlo por conforme en caso de silencio. Si mediare oposición, el desistimiento carecerá de eficacia y proseguirá el trámite de la causa". Art. [illegible] C.PC.: "... Cuando el actor desistiera del proceso después de notificada la demanda, [illegible] requerirse la conformidad del demandado, a quien se le dará traslado notificándosele personalmente o por cédula, bajo apercibimiento de tenerlo por conforme en caso de silencio. Si mediare oposición, el desistimiento carecerá de eficacia y proseguirá el trámite de la [illegible]

(36) CNCiv., Sala A, 12/10/92, "Omega Coop. de Seguros Ltda c/ Cirincione [illegible] Josefina", L.L. 1994 B-83. "El desistimiento, es decir, la abdicación del ejercicio [illegible] invocado como fundamento de la pretensión, debe ser idóneo y jurídicamente pos[illegible] por la que carece de eficacia el formulado con posterioridad a la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, toda vez que el derecho ya ha obtenido el reconocimiento judicial buscado con la promoción de la demanda".

(37) Art. 349 *in fine* C.PC.

Si el desistimiento se formula con alguno de los demandados, es subjetivo, beneficiándose solamente el o los codemandados sobre los que hubiere recaído.

En el supuesto de la primera instancia, está legitimada la parte actora, ya que la jurisdicción ha sido provocada por el ejercicio de la acción; también podría desistirse de la pretensión deducida por vía de reconvención [38].

En los incidentes, tal legitimación alcanza al incidentista, en tanto que ante la alzada será el recurrente [39]. Cabe aclarar que en estos supuestos, podrá hacerlo el demandado, si ocupa esa posición.

Si actúa a través de mandatario [40] será menester que esté facultado mediante poder para efectuarlo [41].

(38) CNCiv., Sala B, 19/10/82, *in re* "R. de D M M Suc ", L.L. 1983-B-141, E.D. 102-445 "Si el instituido heredero en el testamento ológrafo decide no hacerlo valer, al ser el único legitimado procesalmente por tratarse de un trámite judicial de jurisdicción voluntaria, no hay interés en continuar el reconocimiento pendiente Así como el heredero está facultado a renunciar a la herencia, también puede desistir de hacer valer los derechos que podría resultar de lo que invocó como testamento"

(39) C.S.J.N., 14/6/77, *in re* "Gioscia Silveira de García Méndez, Argentina c/ Monza S.A.", CSN 298-84 "Si luego de la presentación directa ante la Corte Suprema la apelante hizo íntegro del pago del importe de la condena y sus accesorios conforme a la liquidación practicada, no formuló reserva alguna respecto del recurso extraordinario interpuesto y solicitó, en cambio que se tenga por cumplida la sentencia dictada en autos, no cabe sino atribuir al proceder de la apelante el carácter de una renuncia o desistimiento tácito del recurso por ella deducido, en los términos de los arts. 873, 915 y 918 C C.. En esas condiciones, careciendo la recurrente de interés actual para impugnar el auto denegatorio de la apelación extraordinaria, resulta inoficioso pronunciarse en el recurso de hecho interpuesto contra el mismo".

(40) Cámara 4ª C. y C. Cba , 9/5/96, *in re* "Lago Costa, Dora c/ Constructora S R.L. - Ordinario": "El desistimiento es una forma o modo extraordinario de terminación del proceso y el que se pretende efectuar en autos por la apoderada de la actora comprende el "desistimiento de la acción" y el "desistimiento del derecho" Cuando se trata sólo del primer tipo (desistimiento de la acción) estamos en presencia del abandono del procedimiento pero reservándonos el derecho de renovar la demanda o pretensión en otro juicio En cambio, el desistimiento del derecho importa la renuncia a la pretensión jurídica y ello es del derecho de fondo El C.C. exige expresamente que para este tipo de renuncia es necesario un "poder especial", tal como surge del art. 1881 inc. 4, pues se está ante la disponibilidad de los derechos cuyo ejercicio compete solamente a su titular, quien lo puede confiar en un mandatario pero a través de un poder especialmente conferido para ello" (voto en minoría del Dr Sahab)

(41) Alsina, ob. cit ,p. 494: "*Tratándose de representantes convencionales, su capacidad para desistir estará determinada por los términos del mandato y consideramos de aplicación el inc. 4 del art* 1881 C C. *que requiere poder especial para cualquier renuncia gratuita . . Los representantes*

Si el desistimiento se formula sobre todo el proceso, se denomina total. Sin embargo, si se produce sobre alguno de los rubros reclamados o en relación a alguno de los codemandados, es parcial (objetiva o subjetivamente).

Los restantes efectos que produce, pueden clasificarse en: *a) Sustanciales*, dentro de los cuales se tiene como no interrumpida la prescripción; *b) Procesales*: en cuanto a la prueba producida, puede trasladarse a un nuevo procedimiento como ocurre con la perención de instancia.

Por su parte, las costas se imponen a quien desiste [42], en virtud del desgaste jurisdiccional provocado.

En el caso de que se hubiere planteado reconvención, no se impide la continuación del trámite, hasta obtener sentencia sobre la pretensión que por ésta se haya planteado.

2.2. Desistimiento del derecho

Esta manera de renuncia, trasciende el campo procesal, pues implica la renuncia al derecho sustantivo, ya que el Código Civil lo regula como uno de los medios de extinción de las obligaciones (art. 868 y ss) [43].

Esta modalidad, expresa la voluntad de la parte actora de abdicar el ejercicio del derecho material invocado como fundamento de la pretensión, razón por la cual no se requiere la conformidad de la parte contraria como se expresó en el otro supuesto referido [44].

Siendo la renuncia sobre el derecho sustancial materia disponible, ésta podrá efectuarse, aunque exista cosa juzgada, es decir, no obstante haberse dictado sentencia tanto en la primera, como en la

necesarios sean el tutor o el curador no pueden renunciar a los derechos de su pupilo o curado ni aun ... autorización judicial -art. 450 inc 6- de modo que no sería válido su desistimiento del juicio salvo el ... que éste fuera consecuencia de una transacción...".

(42) CNCivil (en pleno) 30/9/75, *in re* "Multiflex S A c/ Consorcio de Propie... Bartolomé Mitre": "Cuando se trata del desistimiento del proceso y del derecho ... de trabada la litis se tomará como monto del juicio el importe reclamado, te... cuenta para graduar el honorario la etapa en que el desistimiento se produjo con ... dispuesto en el art. 10 del arancel", L.L. 1975-D-297

(43) Ferrer Martínez y otros, ob cit , p 627

(44) Ferreyra de de la Rúa, Angelina y González de la Vega de Opl, Cristina, *Código Procesal Civil y Comercial de la Pcia Córdoba Comentado y concordado*, La Ley, Bs. As 1999-2000, p. 627

segunda instancia. De esta forma, queda establecida una diferencia con el desistimiento de la acción, pues esta última sólo podrá formularse con anterioridad a la decisión definitiva [45].

Así, la principal consecuencia es la extinción de derecho, razón por la cual no podrá promoverse otro juicio entre las mismas partes, por el mismo objeto (o *causa petendi*) y causa [46].

(Frente a este supuesto, se determina la posibilidad de dar por terminado el proceso, el juez debe limitarse a examinar si el acto procede por la naturaleza del derecho en litigio y en su caso, dar por concluido el juicio) [47].

(No obstante su formulación podrá ser revocado mientras no exista pronunciamiento judicial) [48].

La ley ritual de familia, establece en sus arts. 136 y 138 disposiciones relacionadas con los recursos interpuestos. Así, el primero de los mencionados, prescribe que si el recurrente no expresa agravios dentro del plazo estipulado, se lo tendrá por desistido. En consecuencia, quedará firme la resolución recurrida, medida que privilegia la seguridad jurídica sobre la impugnación interpuesta.

El art. 138 determina que el desistimiento del recurso puede formularse en cualquier momento, siempre que sea antes del pronunciamiento definitivo. Esta disposición es coherente, con lo anteriormente manifestado en cuanto no hay requisito de temporalidad. Sin embargo, es atendible que el límite o término final para su planteo sea anterior a la resolución de la causa por el tribunal *ad quem*, en virtud del derecho que asiste a la parte contraria a obtenerla.

Esta norma deja en claro que el desistimiento que en este supuesto se formule comprende a quien lo formuló, sin afectar a quienes ejercieron un poder propio.

(45) CNCiv., *Sala* A, 12/10/92, *in re* "Omega Coop. de Seguros Ltda c/ Cimincione de Pasin, [illegible] desistimiento, es decir la abdicación del ejercicio del derecho invocado como fu[illegible] de la pretensión, debe ser idóneo y jurídicamente posible, razón por la que carece de eficacia e[illegible] con posterioridad a la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, toda vez que el derecho ya ha obtenido el reconocimiento judicial buscado con la promoción de la demanda". Se expresa opinión en contrario a la vertida supra.

(46) Arts. 350 *in fine* C.P.C. y 305 *in fine* C.P.C.N. en idéntico texto: ". . . En lo sucesivo no podrá promoverse otro proceso por el mismo objeto y causa".

(47) CNCiv., Sala A, 18/5/82, *in re* "Mancusi, Miguel c/ Pérez Benjamín y otros", L.L. 1982-D-426.

(48) Art. 351 C.P.C. "El desistimiento no se presume y podrá revocarse hasta tanto el tribunal se pronuncie, o surja del expediente la conformidad de la contraria" en idéntico texto el art. 306 C.P.C.N..

P[illegible] parte la ley 7987 del fuero laboral contempla la figura en el ar[illegible] [illegible] de esta forma refiere: (el desistimiento del trabajador [illegible] [illegible] y formulado personalmente con patrocinio letrado)

[illegible] art. 49 [50] del mismo cuerpo legal dispone a modo de sanción [illegible] la parte actora no comparece a la audiencia de conciliación sin justa [illegible] se la tendrá por desistida de la demanda.) Cabe preguntarse, si ese [illegible] es en relación a la acción o al derecho. El tema ha sido [illegible] en doctrina especializada surgiendo como interpretación que [illegible] el procedimiento con la demanda éste se trunca ante la inasistenc[illegible] [illegible] la interpuso, el trabajador. No obstante, mientras no medie [illegible] de la acción podrá iniciarse uno nuevo por idénticos motivos.

Por último, los arts. 28 y 88 se refieren al instituto en función de la [illegible] del régimen de costas y del desistimiento del recurso [illegible] respectivamente.

3. Transacción. Efectos

La transacción es un modo excepcional o atípico de terminación d[illegible] proceso [51]. Es un instituto del derecho sustancial y se encuentra reglad[illegible] en el Código Civil: "La transacción extingue los derechos y obligacione[illegible] que las partes hubiesen renunciado y tiene para con ellas la autoridad d[illegible] la cosa juzgada".

También extingue derechos litigiosos o dudosos [illegible] para dar nacimiento a una nueva obligación, que al igual que la sentencia, impide que s[illegible]

(49) Art. 16 ley 7987: "El actor podrá desistir de la acción y/o del derecho perso[illegible] mente con patrocinio letrado en cualquier estado de la causa. Si se hubiera trabado la [illegible] sólo podrá desistir de la acción con el consentimiento del demandado y noticia a [illegible] terceros interesados y letrados intervinientes".

(50) Art. 49 ley 7987. "La asistencia a la audiencia de conciliación será obligatoria para las par[illegible] quienes deberán comparecer personalmente sin perjuicio del patrocinio letrado . Si la parte act[illegible] no comparece a la audiencia sin causa justificada, se le tendrá por desistida de la demanda ".

(51) De de la Rúa-González de la Vega de Opl, ob. cit., p. 634. "*Configura una es[illegible] los denominados negocios jurídicos sustanciales, de naturaleza declarativa puesto que a través de [illegible] transmiten derechos, sino tan sólo resultan reconocidos* (art. 836 Cód. Civil)".

(52) Cám. 7ª C. y C. Cba., 28/5/96, Sent. Nº 35, *in re* "DASPU c/ Nazario Scattolini - Dem[illegible] de repetición", "En los términos del proceso entablado por la Municipalidad de Córdoba en contra de la DASPU no se ha verificado una transacción judicial con concesiones recíprocas sobre las obligaciones litigiosas de las partes. ..."

pretenda sustanciar un proceso sobre la obligación anterior, por definición extinguida. Se aplican al caso, los mismos principios que para la defensa de cosa juzgada [53].

Alsina la define como el acto jurídico bilateral, por el cual las partes, haciéndose concesiones recíprocas, extinguen obligaciones litigiosas o dudosas (art. 832 C.C.) [54]. En este sentido comporta un medio de los llamados anormales de extinción del proceso, razón por la cual se tratarán en esta oportunidad las disposiciones que tengan relación desde la perspectiva de éste [55].

Tanto la ley ritual civil y comercial de Córdoba como la de la Nación tratan sobre ella en un solo artículo de idéntico texto. Ambos prevén su forma y trámite [56].

"Obligación litigiosa" es la que está sujeta a un proceso. En este contexto el art. 838 C.C. dispone que *"Si la transacción versare sobre derechos ya litigiosos no se podrá hacer válidamente"* [57], sino presentándola al juez de la causa firmada por los interesados. Es decir, que el perfeccionamiento de una transacción y sus efectos extintivos se producen por la presentación del convenio [58] al que arribaron las partes, sin necesidad de previa aprobación u homologación. Sin embargo, para que sea a[illegible]zada por la autoridad de la cosa juzgada deberá ser homologada por el juez, quien tendrá la

(53) Cai[illegible], ob. cit., p. 213

(54) Alsina, ob. cit., p. 501

(55) De de la Rúa-González de la Vega, ob. cit., p. 634: *"Este instituto se encuentra prevalentemente regulado por normas de índole sustancial y en lo procesal sólo alude a él en orden a sus efectos en el proceso y vinculados a otros aspectos de la litis"*.

(56) Art. 353 C.P.C. y art. 308 C.P.C.N. en idéntico texto: "Las partes podrán hacer valer la [illegible]ón del derecho en litigio, con la presentación del convenio o suscripción d[illegible] el juez. Este se limitará a examinar la concurrencia de los requisitos e[illegible] ley para la validez de la transacción y la homologará o no. En este [illegible]uarán los procedimientos del juicio"

([illegible]resas-López Mesa, *Código Civil anotado*, t. 4 A, p. 3?6: "La validez de una [illegible]seca como extrínsecos, sólo pueden ser cuestionados por vía de la acc[illegible]n, es decir luego del debido proceso, que no es lo mismo que un a[illegible]ogatorio" totalmente improcedente como sabiamente lo prescribe [illegible] una visión operativamente actual, ello sin perjuicio de la facultad del art. 1047 [illegible] de que el juez declare de oficio una nulidad cuando es absoluta y aparezca manifies[illegible] en el acto"

(58) Art. 1197 C.C.

[illegible] de examinar la capacidad y personería [59] de quienes [illegible] como la "transigibilidad" de los derechos de q[illegible] [illegible] de la normativa de la ley de fondo [60].

[illegible] procesal reproduce sustancialmente la exigencia formal [illegible] 838 C.C. añadiendo implícitamente la posibilidad de que la tr[illegible] [illegible]mente en acta judicial [61].

[illegible]or de la legislación tanto sustancial como procesal, [illegible] que la transacción celebrada extrajudicialmente p[illegible] [illegible] perjuicio de los derechos que puedan haber [illegible] [illegible]n el acto jurídico de la transacción.

[illegible] la oportunidad de su realización, sólo es posible [illegible] [illegible]ncia definitiva, pues con posterioridad a ést[illegible] [illegible]. No obstante, las partes pueden renunciar a l[illegible] [illegible]pre que se trate de derechos disponibles.

[illegible] del convenio transaccional no tiene exigencia[illegible] [illegible]be hacer por escrito. Sin perjuicio de que surta s[illegible] [illegible]ación al expediente o bien desde que se suscribe [illegible] se anticipó, se integra procesalmente mediante la hom[illegible] [illegible] le confiere el carácter de título ejecutorio.

[illegible]cia de la resolución homologatoria, el proceso n[illegible] [illegible]ido, ni se puede obtener el cumplimiento de la tr[illegible] [illegible] de la ejecución de sentencia [62].

[illegible]én existen implicancias sobre las costas. Generalmente [illegible] en su distribución al celebrar el acuerdo transaccional, per[illegible] [illegible] haberse previsto, el juez resolverá sobre éstas de acuerdo al mont[illegible] del acuerdo y a la normativa vigente [63].

(59) Los menores emancipados no pueden transigir, sin las condi[illegible] 135 C.C. respecto de los bienes adquiridos a título gratuito. Los re[illegible] [illegible]ncionales necesitan poder especial (art. 839 C.C.) mientras que a los re[illegible] necesarios les está vedado, o se requiere asimismo facultad especial [illegible] [illegible]dicial (art. 841 C.C.).

(60) Ej. transigir sobre cuestiones de validez o nulidad de matrimonio [illegible] derechos hereditarios

(61) Palacio, ob. cit., p. 48.

(62) Salas-Trigo Represas-López Mesa, ob. cit., p. 358.

(63) Vénica, Oscar, *Código Procesal Civil y Comercial. Comentado y anotado*, Lerner, Cba. 1999: *"En relación a los honorarios por expresa disposición del art. 41 2ª parte LP 8226 rige la escala completa del art. 34 de esa ley, sin considerar las etapas cumplidas hasta ese momento, sirviendo de base para todos los letrados el monto acordado (art. 29 inc. 3 ley 8226)"*.

...Los letrados intervinientes no pueden oponerse a las transacciones que celebren las partes, sin perjuicio de que soliciten la regulación de sus honorarios en caso de no haberse convenido.

Por último alcanza a las partes, sus herederos y sucesores universales y resulta inoponible a terceros, en este sentido funciona *res inter alios acta* [64].

4. Conciliación. Forma y efectos

La conciliación supone el avenimiento entre personas que tienen intereses contrapuestos [65]. Se puede decir también que es el negocio jurídico procesal mediante el cual las partes, con la presencia del juez, ponen fin a un proceso, autocomponiendo el litigio y dando nuevos fundamentos a su respectiva situación jurídica [66].

La doctrina no ha logrado alcanzar un concepto inequívoco sobre este instituto, como medio anormal autónomo de terminación del proceso [67] (como ya analizaremos), pero cabe mencionar que también funciona como método o técnica para la resolución de conflictos que se verifiquen en distintos ámbitos y oportunidades [68].

Palacio observa que Alsina se limita decir que "*la conciliación no importa transacción, aunque pueda ser a veces la consecuencia de aquella*". Podetti, entiende que la conciliación "*no se refiere al derecho que ampara la pretensión o resistencia sino al aspecto de hecho de ambas posiciones: quien concilia acepta o reconoce que los hechos en los cuales se funda la pretensión eran equivocados o exagerados, haciendo posible un reajuste de lo pretendido*" [69]. Por último, compara la opinión de Ayarragaray quien sostiene la diferencia entre conciliación y transacción: mientras que en la última sólo puede practicarse sobre intereses pecuniarios (arts. 846 y 847 C.C.) la conciliación puede comprender

(64) F. de de la Rúa-González de la Vega de Opl, ob. cit., p. 634

(65) González de la Vega de Opl, Cristina, *Lineamientos para un proceso civil moderno. Medios alternativos de resolución de conflictos*. Ediar, Bs. As., 1997, p. 347

(66) Carl. ob. cit. p. 216, expone esa definición citando a Morello (Revista Argentina de Derecho Procesal, 1968 Nº 1 p. 75)

(67) Palacio ob. cit., p. 50 "... *si cabe hablar de conciliación como un medio anormal autónomo de terminación de los procesos, sólo puede serlo en el sentido de que ella supone la iniciativa y la terminación del juez en la celebración del acto.*"

(68) González de la Vega de Opl, ob. cit. en nota 60, p. 348

(69) Palacio ob. cit. p. 49

otros tipo de pretensiones jurídicas y cita como ejemplos, las referidas al lugar de residencia de los esposos, tenencia de los hijos.

Este instituto se reserva a los acuerdos de las partes que graviten sobre la cuestión de mérito del conflicto y ponen fin al litigio [70]. Implica una adecuada elaboración que éstas realizan relativas a la situación planteada (conocimiento) con el agregado del factor psicológico [71]. Ello porque los sujetos participan y son protagonistas en la solución del conflicto [72]. Es importante resaltar, que para arribar a una conclusión positiva debe prevalecer el protagonismo del conciliador, atendiendo a las soluciones que propongan las partes, como así también elaborar otras que entienda pertinentes.

Si este modo tiene antigua data, en sus comienzos se utilizó por vía judicial y modernamente en la extrajudicial [73].

Con la primera modalidad ha sido receptada en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación en sus art. 34 inc. 1, párrafo segundo, para los casos de juicio de divorcio y de nulidad matrimonial [74], también en el art. 36 inc. 2.a. (Facultades ordenatorias o instructorias), al permitirle disponer en cualquier momento la comparecencia personal de las partes para intentar una conciliación, dejando a salvo que la mera enunciación de fórmulas conciliatorias, no implica prejuzgamiento [75].

(70) Ferreyra de de la Rúa y González de la Vega de Opl. *Derecho procesal civil: demanda, contestación y prueba*, Advocatus, Cba., 1999, p. 77

(71) Gelsi Bidart, Adolfo, "Procedimientos preferentes, alternativos y complementarios del proceso judicial", publicado en *Libro Homenaje Escuela Procesal de Córdoba*, Lerner, Cba., 1995: "*En el plano del conocimiento, una adecuada elaboración de las partes, ofrece mayor amplitud para saber acerca de la situación planteada ... En lo psicológico porque para cada uno es más satisfactorio participar en la solución del conflicto que lo involucra, que estar sujeto a la imposición externa del modo de resolverlo*"

(72) González de la Vega de Opl, ob. cit. en nota 60 p. 348

(73) Ferreyra de de la Rúa y González de la Vega de Opl, ob. cit. en nota 65, p. 77.

(74) Art. 34 inc. 1 2º párr. C.PC.N.: "Son deberes de los jueces: 1) ... En los juicios de divorcio y de nulidad de matrimonio, en la providencia que ordena el traslado de la dem[anda] se fijará audiencia a la que deberán comparecer personalmente las partes y el repre[sen]tante del ministerio público en su caso. En ella el juez tratará de reconciliar a las [partes y de] avenirlas sobre las cuestiones relacionadas con la tenencia de los hijos, régimen d[e visitas] y atribución del hogar conyugal".

(75) Art. 36 inc. 2, ap. a, C.PC.N. "Disponer en cualquier momento la comp[are]cencia personal de las partes para intentar una conciliación o requerir las explicaciones que estimen necesarias al objeto del pleito. La mera proposición de fórmulas conciliatorias no importará prejuzgamiento."

Por último, el mismo ordenamiento en el art. 360 inc. 5 y art. 360 bis resaltan la posibilidad de que el juez invite a las partes a una conciliación, pudiendo proponer fórmulas conciliatorias. Es en ocasión del citado art. 360 bis que se establecen los procedimientos según dos supuestos posibles: a) Si se logra un acuerdo o convenio, se labrará un acta en la que conste su contenido y la homologación por el juez interviniente. En este caso, se obtendrá el efecto de la cosa juzgada y se ejecutará por el procedimiento previsto para la ejecución de sentencia; b) Si no se lograra acuerdo, igualmente se labra acta constando esa circunstancia sin expresión de causas [76].

El Código Procesal Civil y Comercial -ley 8465- la capta en el art. 58, facultando al juez para que en cualquier estado de la causa ordene la realización de audiencias para "procurar avenimientos o transacciones" [77]. Es oportuno recordar, la diferencia que Carlo Carli advierte entre conciliación y avenimiento, entendiendo a esta última como aquellos acuerdos que sin poner fin al litigio, versen sobre cuestiones accesorias a él [78].

La otra modalidad de la conciliación está referida a su realización como prejurisdiccional, modo que constituye un medio alternativo de resolución de conflictos, gestado en el marco de la autocomposición y que se ofrece institucionalmente a las partes [79].

En la ley de procedimiento de familia de Córdoba, es un paso obligatorio [80]. Está a cargo de los asesores de familia [81] que en estos casos cumplen la función de asesor-conciliador [82].

(76) Art. 360 bis C.P.C.N. "Sin perjuicio de lo establecido en el art. 36 inc. 2 apartado a, en la audiencia mencionada en el anterior, el juez y las partes podrán proponen fórmulas conciliatorias. Si se arribase a un acuerdo conciliatorio, se labrará acta en la que conste su contenido y la homologación por el juez interviniente. Tendrá efecto de cosa juzgada y se ejecutará mediante el procedimiento previsto para la ejecución de sentencia. Si no hubiere acuerdo entre las partes, en el acta hará constar esta circunstancia, sin expresión de causa. Los intervinientes no podrán ser interrogados acerca de lo acontecido en la audiencia"

(77) Art. 58 C.P.C.: "En cualquier estado de la causa, los tribunales podrán decretar audiencias, para aclarar puntos dudosos o procurar avenimientos o transacciones ..."

(78) Carli Carlo, ob. cit., p. 216

(79) González de la Vega de Op, ob. cit. en nota 60 p. 350.

(80) Como requisito de admisibilidad de la demanda

(81) Ferreyra de de la Rúa, Angelina, *Lineamientos para un proceso civil moderno* cit., p. 126: *"La conciliación intraprocesal se diferencia de otras, que son obtenidas en diferentes instancias y ante otro tipo de funcionarios tales como asesores mediadores, jueces de paz, etc."*

(82) Art. 47 ley procedimiento de familia de Córdoba 7676 y modif

Surge del espíritu de la propia ley 7676 y modificatorias, la importancia que se brinda a este instituto en función de la calidad de los conflictos de familia. Su uso es facilitado en todas las etapas del proceso. Puede observarse en los arts. 40, 62 y 76 [83].

También está establecido en el procedimiento laboral cordobés (ley 7987) que en su art. 4° no sólo admite su intervención en el propio acto de conciliación, sino que le otorga facultades decisorias en ciertos y determinados juicios.

La conciliación es la primera actividad que debe cumplir el juez en la audiencia preliminar, sin perjuicio del deber que tiene el magistrado de intentarla tantas veces como lo estime necesario a lo largo del proceso. Dentro de las consideraciones que efectúa en dicho trabajo, en particular señala que este instituto debe estar incluido en los códigos de procedimiento como la primera función de la audiencia preliminar, cumplida en forma reservada por el juez de la causa. La descarta, por lo tanto, como etapa jurisdiccional. Sin embargo, la autora advierte que hay opiniones en contra al respecto, no considerar ello riesgoso, ante la posibilidad de que se produzca un adelanto de opinión o quede influenciado por lo acontecido en la audiencia.

Una vez homologada, la conciliación produce los efectos de la cosa juzgada. Asimismo, a fin de lograr la ejecución forzada, podrá utilizarse la vía de la ejecución de sentencia.

5. Perención de instancia. Impulso procesal

Es necesario partir de la mención de los sistemas procesales dispositivo e inquisitivo (el cual debiera denominarse "de impulso

(83) Art. 40 ley 7676 y mod. "En cualquier estado de la causa el juez o tribunal [illegible] convocar de oficio o a petición de parte, audiencia de conciliación tantas veces como lo [illegible] conveniente, pudiendo requerir el auxilio de la fuerza pública a los fines de lograr la com[illegible]cencia de los involucrados en la causa cuando exista violencia ..." Art. 62 "El juez e[illegible] oral y privada, procurará el avenimiento de las partes siempre que la naturaleza de la [illegible] permita. Producida la conciliación, se hará constar en acta sus términos y aproba[illegible] juez interviniente, pasando en autoridad de cosa juzgada. Si no se produjere el av[illegible] se hará constar en acta esta circunstancia sin expresión de los que se dijo en la [illegible] Posteriormente los intervinientes no podrán ser interrogados acerca de lo ocurrido en [illegible] Art. 76: " .. Cuando por la naturaleza de las cuestiones sometidas a juicio pueda pro[illegible] conciliación se deberá notificar personalmente a las partes ..."

(84) Ferreyra de de la Rúa, ob. cit. en nota 76, p. 127

oficial") [85]. El primero se manifiesta en tres aspectos fundamentales: facultades de las partes en el impulso inicial y posterior, disponibilidad del objeto litigioso (posibilidad de renuncia a ciertos actos del proceso) y, por último, aportación de las pruebas.

La regla o máxima de la impulsión procesal consiste en el poder de los sujetos (procesales) para poner en movimiento y mantener en actividad (en el proceso) [86]. Este concepto comprende tanto el impulso inicial como el subsiguiente.

El impulso de partes, característico del sistema dispositivo, consiste en atribuir exclusivamente al justiciable, el poder de realizar los actos necesarios para que el proceso marche hacia su finalización: *ne proceda iudex sine actore* Este se manifiesta de manera inicial, según la conveniencia y oportunidad de las partes, y posteriormente, una vez admitida la demanda, se crea la carga procesal para mantener activo el ejercicio del poder de acción, hasta alcanzar la decisión definitiva. En este punto se alcanza el interés superior en la finalización del proceso, en el cual coinciden el interés particular de las partes y el interés público del órgano jurisdiccional.

Según estos dos órdenes de intereses, sean concurrentes o excluyentes, se adoptará la modalidad de impulso por las partes o por impulso oficial.

El Estado mantiene su interés en la finalización del litigio, transformado el poder de impulsar, en "carga del impulso procesal" [87].

En esta línea corresponde al justiciable la realización de los actos procesales tendientes a obtener una providencia jurisdiccional, por considerarse su interés en la marcha del litigio. Su omisión se traduce en un riesgo procesal: caducidad *in genere*.

La razón lógica en que se basa el sistema dispositivo, resulta de la disponibilidad de la relación jurídica sustancial, que a través del derecho procesal se debe realizar [88].

(85) Ferreryra de de la Rúa. *Lineamientos para un proceso civil moderno* cit., p. 87

(86) Cám. 1ª C. y C. BA. 17/9/99, A I. Nº 360. Trib. de origen. Juzg. 45ª C. y C. Cba., "Narváez, María Leonor c/ César A. Chaig - Ordinario", Sem. Jur. Nº 1306.

(87) Redenti, *Instituciones de derecho procesal Parte general*, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1968, t. I.

(88) Perrachione, Mario, ponencia presentada en las 1^{ras} Jornadas de Derecho Procesal, organizadas por el Colegio de Abogados de la Provincia de Córdoba "Recursos de casación en el nuevo C.PC C.".

El Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba y el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación -aunque la reforma de la ley 22.434 acrecienta los poderes del juez respecto al gobierno y dirección del proceso [89]- fijan el impulso confendo a las partes

Estos ordenamientos contemplan la actuación del juez a partir del pedido de las partes. De esta forma, su actividad o inactividad pueden permitir el progreso o paralización del proceso.

Cabe aclarar que el impulso oficial, es característico de los procesos penales y laborales.

En consecuencia, si se omite el cumplimiento de la carga procesal (de impulso), el proceso se extingue por caducidad (o perención) de instancia; la falta de impulso también produce la caducidad de los actos procesales (Teoría de la negligencia). Por su parte, cuando se omite el cumplimiento del deber procesal de impulso oficial, se excluye la caducidad de instancia, no obstante que el interesado pueda promover la impulsión del proceso.

El primero de éstos lo refleja en las atribuciones otorgadas a los ac[...] en los arts. 175, 178, 181, 330, 331 C PC..

En cuanto a la inactividad, debe entenderse como la ausencia [...] actos procesales impulsorios hacia la decisión jurisdiccional definitiva; [...] tal suerte que al referirnos a la ausencia, involucramos no sólo a la par[...] actora, sino también a la parte demandada y al tribunal pues l[...] determinante es la fuerza impulsoria.

Esta carencia se tiene que producir dentro del plazo legal que los distintos ordenamientos rituales prevén y configuran el segundo supuesto o condición para la caducidad o perención de la instancia.

Se arriba a la situación descripta, ya sea por la falta de realización de acto procesal -inactividad continuada- tanto de las partes como del tribunal (como recién expresamos), o por el cumplimiento de a[...] inoperantes o inoficiosos [90].

Dicha inactividad debe ser además injustificada, esto es, produ[...] por el abandono voluntario del proceso [91].

(89) Ferreyra de de la Rúa, ob. cit.

(90) Fassi-Yáñez, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Comentado, anotado y concor[...]* Astrea, Bs. As., 1989, t. 2, comentario al art. 310

(91) Actividad justificada la paralización del proceso no depende de la voluntad de las partes Si así lo fuera estaría dentro de las causales de suspensión

Por su parte, la doctrina mayoritaria incluye a la actividad inidónea (jurídicamente), que es aquella que no impulsa ni adelanta el proceso hacia la sentencia

Según lo expuesto entonces, además de exteriorizar la intención de continuar, las partes deben tener entidad suficiente como para lograr el avance hacia el fin: la sentencia [92]. Es oportuno repetir que la inactividad debe ser de todos los sujetos procesales, salvo en los casos en que la ley determina que no se producirá caducidad [93].

Señala Fassi, siguiendo a Podetti [94], que los actos idóneos para instar deben ser admisibles, aunque no necesariamente procedentes; éstos sí son pasibles de interrumpir la caducidad o perención como luego detallaremos [95].

Desde la óptica del C.P.C.N., el impulso de parte no tiene carácter absoluto, pues si bien están sujetas a la carga de impulsar los procedimientos, el juez puede ordenar medidas tendientes a evitar su paralización, tal como lo dispone el art. 36 inc. 1 [96] de ese cuerpo normativo. Este trata de las facultades ordenatorias e instructorias. Como se expresa, no se trata de deber, sino de facultad, pues si las partes no instan el avance del proceso ya sea por inactividad total o actuaciones inidóneas, éste caduca o perime.

En el Código de Córdoba, el art. 339 acoge el sistema que requiere de la declaración judicial, previa petición de parte [97]. Pero lo destacable en este ítem es que la caducidad o perención se produce cuando no se insta su curso. En idéntico sentido se expresa el C.P.C.N. en el art. 310 # 1.

(92) Kelmanovich, Jorge, "Caducidad de la instancia y tasa de justicia", L.L. 1983-C-1076

(93) Cám. 8ª C. y C., A.I. Nº 23 del 17/2/97, "Consorcio de Propietarios Harold III c/ León Kaplan - Ejecutivo"

(94) Fassi-Yáñez, ob. cit., ps. 89/90

[illegible]ca, ob. cit., p. 276.

[illegible] inc. 1 C.P.C.N.: "Aun sin requerimiento de parte los jueces y tribunales podrán [illegible] tendientes a evitar la paralización del proceso. A tal efecto vencido un [illegible] no la facultad que corresponda se pasará a la etapa siguiente en el [illegible]endo de oficio las medidas necesarias ...".

(97) [illegible] en cuanto a quiénes están legitimados para solicitarla, no sólo [illegible] relación a la primera instancia, sino a la contraria de la que h[illegible]te, o a la parte recurrida en la segunda o posteriores instancias, tal como lo receptan los arts. 343 C.P.C. (pueden pedir la declaración de la perención: 1) En primera o única instancia el demandado o reconvenido; 2) En los procedimientos incidentales el contrario de quien los hubiera promovido 3. En segunda o ulterior instancia la parte

5.1. Plazo. Actos interruptivos

Cada ordenamiento, por razones de política procesal, fija el lapso de tiempo que debe transcurrir para que la caducidad o perención de instancia opere. Por lo tanto, es necesario establecer cómo se computa el plazo de caducidad desde la fecha de la última petición de parte o actuación del tribunal que tuviere por efecto impulsar el procedimiento.

Son actos interruptivos aquellos actos de impulso que se consideran punto inicial del cómputo del plazo de caducidad. Están referidos en las leyes adjetivas de Córdoba (art. 340) [98] y en la de la Nación (art. 311) [99].

Es menester que se realicen antes de que concluya el plazo legalmente preestablecido y que tenga efecto impulsorio, con prescindencia de su resultado o eficacia.

Por lo tanto, los actos interruptivos sacan al proceso del estancamiento en que está sumido y sirven para que el proceso se dinamice, pues logran la marcha del proceso hacia su conclusión [100].

Estos actos se diferencian de los suspensivos, por cuanto éstos, só[lo] detienen el curso de la perención manteniendo útil su pasado. Es deci[r] que superada la circunstancia que impide proseguir el procedimiento, [se] recupera su curso [101].

Es abundante la jurisprudencia y la doctrina en relación a la mención de lo[s] actos interruptivos. Se intenta su conceptualización y en algunos casos se lleg[a] hasta sistematizaciones en atención a captar los efectos interruptivos.

La enjundiosa jurisprudencia, quita fortaleza al encontrar posiciones diferentes y en algunos casos opuestas

recurrida) y 315 C.P.C.N. (sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo siguiente la declara[ción] de caducidad podrá ser pedida en primera instancia, por el demandado en el inci[dente] por el contrario de quien lo hubiere promovido en el recurso por la parte recurrid[a]

(98) Art. 340 C.P.C.: "Los plazos se computarán desde la última petición de [illegible] actuación del tribunal que tuviere por efecto impulsar el procedimiento [illegible]

(99) Art. 311 C.P.C.N.: "Los plazos señalados en el artículo anterior se com[illegible] desde la fecha de la última petición de las partes o resolución o actuación del juez, sec[illegible] u oficial primero que tenga por efecto impulsar el procedimiento ...".

(100) Loutayf Ranea-Ovejero López, ob. cit., ps. 96/97

(101) Loutayf Ranea-Ovejero López, ob. cit., p. 214.

5.2. Suspensión del curso de la caducidad. Trámite. Legitimación. Efectos.

Como ya se anticipó en el punto anterior, la suspensión de un plazo detiene su curso y no se computa el tiempo en que dura dicha circunstancia.

Para la suspensión, se dan las mismas circunstancias que para la suspensión de la prescripción dispuesta por el Código Civil en el art. 3980.

La suspensión del plazo de caducidad o perención de la instancia se produce cuando, por causas independientes de la voluntad de las partes, éstas se encuentran en la imposibilidad jurídica absoluta de formular peticiones para activar la marcha del proceso.

La doctrina entiende que esta figura tiene como efecto la inutilización del tiempo, que no elimina el lapso corrido hasta la causa de suspensión, motivada por circunstancias que impiden o inhabilitan a las partes para activar el procedimiento.

La suspensión de la caducidad o perención de la instancia es de carácter excepcional y su aplicación es de carácter restrictivo. Solamente se produce cuando hay imposibilidad absoluta de proseguir el trámite del juicio [102].

La suspensión está prevista en los códigos rituales en función de dos causas: a) acuerdo de partes; y b) disposición del tribunal. Vénica [103] agrega la fuerza mayor de manera autónoma, de hecho, aunque no sea el resultado de una decisión judicial fundada en ese motivo. En este sentido, critica las fórmulas legislativas por defecto en orden a la suspensión cuando en virtud de cualquier otra causa, las partes, se encuentran imposibilitadas o inhabilitadas para activar la marcha del proceso.

En atención al sistema adoptado, cada ley adjetiva diseña el trámite. Este punto es una cuestión de política procesal, la cual necesariamente debe armonizar con la regulación de cada ordenamiento ritual. No cabe la inclusión de la perención o caducidad de la instancia, si el impulso es de oficio como ocurre en nuestro proceso laboral cordobés, tampoco en el penal según las razones brindadas en el ítem introductivo. En la legislación de familia,

(102) Loutayf Ranea-Ovejero López ob. cit., p. 215

(103) Vénica, ob. cit., p. 289

como ya se expresó, sólo puede surgir en dos oportunidades en que se requiere impulso de parte. En cuanto a la ley concursal, la fatalidad de los plazos establecidos implica que la caducidad o perención se aplique en los incidentes por el mero transcurso del tiempo.

Así es que en el C.P.C., al requerirse la declaración judicial al pedido de parte, se establece un procedimiento incidental especial [104]. Con la demanda de caducidad debe ofrecerse toda la prueba. Luego se correrá traslado a la contraria por un término estipulado en cinco días. Una vez vencido el plazo de prueba, el tribunal dictará la resolución, la cual por tener carácter de definitiva es apelable en los términos del art. 361 [105]. También la resolución de la cámara puede ser atacada por vía del recurso de casación cuando se den las causales de procedencia, dado el carácter de resolución definitiva [106].

Por su parte, el C.P.C.N. establece el sistema de declaración de oficio, razón por la cual sólo es necesaria la comprobación del vencimiento de los plazos señalados en el art. 310 de dicho ordenamiento, antes de que cualquiera de las partes impulse el procedimiento [107].

Peyrano describe a la legitimación procesal como "*la aptitud de un sujeto o de una pluralidad de sujetos para postular proveimientos en determinado proceso o procedimiento, tramos o aspectos de los mismos*". Según explica, dicha aptitud postulatoria debe merecer análisis en cada caso concreto, no siendo válido referirse a la legitimación procesal a través de un concepto unívoco que permita siempre *a priori* determinar cuándo ocurre o no.

(104) Art. 345 C.P.C.: "Solicitada la perención se correrá traslado por cinco días. Si se abriere a prueba el incidente, el plazo no excederá de diez días. Contestado el traslado o vencido el término probatorio, se dictará resolución sin más trámite".

(105) Art. 361 C.P.C.: "El recurso de apelación, salvo disposiciones en contrario, procederá solamente respecto de: 1) Las sentencias. 2) Los autos 3) Las providencias [illegible] causen gravamen que no pueda ser reparado por la sentencia".

(106) Ferrer Martínez y otros, ob. cit., p. 614.

(107) Art. 316 C.P.C.N.: "La caducidad será declarada de oficio, sin otro trámite que la comprobación del vencimiento de los plazos señalados en el art. 310, pero antes de que cualquiera de las partes impulse el procedimiento".

Sobre el instituto de la perención o caducidad de la instancia, puede diferenciarse la legitimación activa y pasiva tal como la ley ritual nacional (arts. 314 y 315) [108] y cordobesa (arts. 343 y 344) lo regulan.

Los sujetos procesales activos de la caducidad son aquellos que se encuentran legitimados para solicitar su declaración.

En cuanto a la legitimación activa, Maurino [109] expone dos tesis:

a) Una *posición amplia*: por la cual la caducidad o perención puede ser opuesta tanto por el actor como por el demandado, aceptada por Alsina, entendiendo que nada impide al actor solicitarla si tiene interés en la terminación de la causa, sin recurrir al desistimiento. De esta forma no necesitaría según su fundamento, la conformidad del demandado

Existen ordenamientos procesales que captan esta postura y que hacen referencia a las "partes" sin hacer distinción entre actor y demandado tales como los de Santa Fe (art. 233), Tucumán (art. 214) y Jujuy (art. 201).

b) *Posición restringida*: por la cual sólo puede ser solicitada por el demandado, postura asumida por Podetti. En ésta se encuentra el C.P.N.C. (art. 315) y también el 343 de C.P.C. [110].

Esta postura armoniza con los fundamentos del instituto que estamos analizando, pues refleja el interés del demandado en mantener viva la instancia hasta alcanzar la decisión definitiva, tal como se observa en el caso de la primera instancia. Con igual criterio se legitima el interés del incidentista [111] y del recurrente, por cuanto pesa sobre ellos la carga de instar por la iniciativa de la promoción de la instancia.

---

(108) Art. 314 "*Contra quiénes se opera.* La caducidad se operará contra el Estado, los establecimientos públicos, los menores y cualquier otra persona que no tuviere la libre administración de sus bienes, sin perjuicio de la responsabilidad de sus administradores y representantes. Esta disposición no se aplicará a los incapaces o ausentes que carecieren de representación legal en el juicio" Art. 315: "*Quiénes pueden pedir la declaración. Oportunidad.* Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo siguiente, la declaración de caducidad podrá ser pedida en primera instancia, por el demandado; en el incidente, por el contrario, de quien lo hubiere promovido; en el recurso, por la parte recurrida ...".

(109) Maurino, Alberto Luis, *Perención de la instancia en el proceso civil*, Astrea Bs. As., p. 43 y ss.

(110) Art. 343 C PC.: "Pueden pedir la declaración de perención 1) En primera instancia el demandado o reconvenido. 2) En los procedimientos incidentales: el contrario de quien los hubiere promovido; 3) En la segunda o ulterior instancia la parte recurrida".

(111) Loutayf Ranea, ob. cit., p. 121: "*Mientras los autos se encuentran en trámite de excepciones de previo y especial pronunciamiento se origina una instancia incidental distinta a la principal y crea al*

El C.PC. no contempla específicamente el supuesto de los t[illegible] en tanto no hayan sido admitidos como parte en la causa [illegible]. Vénica [illegible] opina que la norma del art. 343 no se encuentra orientada a limitar l[illegible] legitimación del tercero, sino que su objetivo es obstar la de la part[illegible] gravada con la carga de impulsión. Tal postura se fundamenta en [illegible] establecido por el art. 432 *in fine* C.P.C. citado *supra*, en relación a l[illegible] equiparación que efectúa con las partes, a través del efecto extensivo d[illegible] la sentencia como así también su ejecución.

También el Código de la Provincia de Córdoba prescribe sobre la legitimació[illegible] pasiva, respecto de la cual establece que operará contra la contrapart[illegible] entendiendo al respecto quien haya promovido la instancia.

Corresponde incluir el supuesto de los incidentes, tratados anteriormen[illegible] en el ítem "supuesto de los incidentes suspensivos" [114].

Existe en la ley ritual referida una sola excepción en el supuesto de [illegible] incapaces que no tengan representante necesario. La razón para tal diferen[illegible] estriba en que esa carencia (de representante necesario), le impide prosegu[illegible] procedimiento. Lo propio es establecido en el art. 314 C.P.C.N. y guarda relac[illegible] con el art. 3966 C.C. [115].

Los efectos de este instituto se producen una vez declarada. Es importa[illegible] esclarecer que éstos pueden diferenciarse tanto desde la óptica procesal co[illegible] del derecho de fondo.

Tanto la ley ritual de Córdoba (art. 346) como la de la Nación (a[illegible] 318) contemplan distintos supuestos, los que seguidamente [illegible] analizan, teniendo en cuenta las instancias en que se declare, co[illegible] anteriormente se anticipara:

Primera o única instancia: Desde la óptica procesal, se extingu[illegible] relación jurídica procesal, teniéndose como no sucedidos los ac[illegible]

---

progreso de ésta última un obstáculo ineludible asumiendo el excepcionante la calidad de ac[illegible] instancia incidental con la carga procesal de impulsarla ..."

(112) Art. 432 C.P.C.: *Intervención voluntaria*. "El interviniente tendrá las mismas fac[illegible] y derechos de las partes"

(113) Vénica, ob. cit..

(114) Cám. 1ª C. y C. Cba., 17/9/99, A.I. Nº 360, Trib. de origen Juzg. 45ª C. y C. [illegible] María Leonor c/ César A. Chaig - Ordinario", promovido el proceso incidental por [illegible] demandado solicitando la caducidad se suspende *ipso iure* el proceso principal

(115) Art. 3966 C.C. "La prescripción corre contra los incapaces que tuvieren represen-tantes legales. Si carecieran de representación, se aplicará lo dispuesto por el art. 3980".

procesales que se hubieren realizado. En este sentido, la caducidad o perención de la instancia es un modo anormal de culminación del proceso [116].

Sin perjuicio de ello, el derecho sustancial no sufre alteración y conserva incólume su plenitud [117]. La parte actora podrá iniciar nuevamente la causa, en un nuevo procedimiento, o juicio en tanto no opere la prescripción, de acuerdo a lo dispuesto por el art. 3987 C.C. [118]. Por lo tanto, ninguna de las actuaciones llevadas a cabo en el proceso que perime pueden considerarse interruptivas de la prescripción

Otro tema es el de la perención, es el referido a la mora del deudor. Autores como Cazeaux opinan que la mora *ex persona* operada en el curso de la acción judicial, queda sin efecto al operarse en ésta la caducidad de la instancia y en consecuencia el acreedor no puede hacer valer ninguna de las ventajas derivadas de su extinguida voluntad interpelatoria. Por otra corriente opina Borda, para quien cualquiera que sea la suerte de la demanda, es inequívoca la voluntad del acreedor de reclamar el pago, encontrando ello suficiente para la constitución en mora

(116) C S J N 1984/6/19, "Compañía Swift de La Plata S.A.": "La decisión que rechaza el pedido de caducidad de la instancia no constituye sentencia definitiva en los términos del art 14 de la ley 48, dado que la necesidad de continuar actuando en el proceso no ocasiona perjuicio irreparable ni resulta admisible el remedio federal para cubrir agravios futuros e inciertos. Además la excepción admitida por la Corte Suprema a dicha doctrina se refiere a juicios llegados por vía del recurso ordinario de apelación en supuestos en que, a raíz de admitirse la caducidad pudiera haberse operado la prescripción de la acción correspondiente, pero no es aplicable cuando como en autos lo recurrido es precisamente lo contrario, vale decir el rechazo de la perención alegada"

(117) Ferrer Martínez y ob cit. p 615

(118) *Cám C , C Fam y Trab de Marcos Juárez* 16/5/97, *in re* "Prats y Cía S.A.I.C.I. c/ " Sem. Jur. Nº 1224, t. 80, p. 54 "En materia de perención de instancia debemos distinguir: a) Cuando la resolución es denegatoria del petitorio de caducidad de instancia en principio no es sentencia definitiva b) Cuando la perención es admitida, el T.S.J tiene decidido que no contiene los requisitos exigidos para configurar la sentencia definitiva a los fines de la revisión, sin que pueda la sala violar los límites de su competencia analizando si la prescripción se encuentra cumplida porque implicaría conocer en materia ajena los límites de la instancia y prejuzgar sobre eventuales derechos que las partes deben hacer valer en otro juicio. Sin embargo, estimamos que tal criterio es aplicable cuando no cabe la más mínima duda que el derecho no está prescripto, por cuanto si se declara la caducidad de la instancia e iniciada la nueva acción se opone la prescripción y resulta exitosa aquella resolución de la caducidad de la instancia habría sido definitiva pero la instancia casatoria ya habría quedado cerrada Si no existe la certeza debe habilitarse la casación pues es principio pacíficamente aceptado en materia de perención que la interpretación debe ser restrictiva atento el principio de conservación procesal." (mayoría de los Dres García Allocco y Namur)

Es oportuno referirnos aquí a otros planteos tales como: I) la prueba producida en el proceso perimido podrá hacerse valer, razón por la cual si bien este instituto anula la relación jurídica procesal, no destruye el valor intrínseco de la prueba rendida. En su regulación el art. 347 C.P.C. marca como excepción de la confesión ficta, mientras que el C.P.C.N. en la redacción del art. 318 no marca ninguna limitación. II) Sobre la reconvención, cabe expresar que los ordenamientos procesales referidos en sus arts. 348 C.P.C. y 318 C.P.C.N. la incluyen en caso de declararse. No obstante, a nivel doctrinario se opina que en caso de existir demanda y reconvención, estamos ante dos instancias separadas e independientes sobre las cuales por la unidad del juicio el juez está llamado a pronunciarse en una sentencia única, lo cual supera esa independencia.

- Instancias recursivas: La resolución impugnada queda firme y ejecutoriada con autoridad de cosa juzgada. Puede tratarse de una segunda o tercera si las leyes adjetivas las establecen o bien extraordinarias

Se produce la extinción del recurso y deja firme la resolución impugnada como ya dijimos. Sin embargo, Perrachione plantea en su obra [119] el problema que surge si ambas partes interpusieron recursos, pues debe conciliarse el concepto de indivisibilidad de la instancia y el de independencia de los recursos. Luego de referir posturas opuestas, concluye que la etapa recursiva no es ajena al criterio de indivisibilidad de la instancia, por lo que cuando uno de los recurrentes impulsa la tramitación de su impugnación contribuye a hacer avanzar el desenvolvimiento de la segunda instancia, impulsando el procedimiento hacia el dictado de la "sentencia definitiva" [120].

- Instancias incidentales: Por cuestiones de economía procesal, se contempla en el C.P.C. en su art. 346 inc. 2, la imposibilidad de promover otro incidente por la misma causa. Debe tenerse en cuenta que se trata de una instancia accesoria y que no afecta la misma suerte de la principal, aunque sí a la inversa como ya se refirió.

(119) Perrachione Mario *Perención de instancia* Alveroni Cba , p 101

(120) Cám 3ª C y C. Cba 2/10/96 A I. Nº 236 Trib de origen Juzg 8 7 C y C *in re* "Kriego, Ricardo c/ Maciel, Oscar - Ordinario". "... El nuevo Código establece que en segunda instancia la perención afecta a todas las impugnaciones que deben sustanciarse por el trámite paralizado (art. 348) Pero la vigencia del texto anterior que no contenía esta regla, no cabe adoptar una solución semejante en base a una simple construcción o lucubración técnica no plasmada en una concreta disposición legal"

CAPITULO XXI

Modos alternativos de resolución de conflictos [1]

Sumario: 1. Introducción. 2 Concepto y caracteres 3 Clasificación. 4. Medios alternativos en particular 4 1. Arbitraje. Concepto Fundamento 4 1 2 Clases y procedimiento 4 1.3. Caracteres 5 Mediación 5 1 Concepto y regulación legal. 5 1 2 Caracteres. 5 1 3 Fundamentos. 5.1.4. El mediador. 5 1.5. Mediación penal. 6. Conciliación. 6.1 Concepto. Fundamento. 6 2. Modalidades. 7. Negociación 7 1 Concepto y caracteres

1. Introducción

El proceso, tradicionalmente, ha sido el instrumento idóneo construido por normas procesales para lograr la realización del derecho sustancial [2]. Presenta unidad conceptual, pues se trata de un ente abstracto que se manifiesta en la realidad empírica a través de diferentes procedimientos. No es susceptible de idealizarlo en una sola figura procesal, sino en múltiples trámites que se agrupan en distintos tipos, atendiendo a diferentes características. Sin embargo, puede señalarse una faceta

(1) Este punto ha sido tomado de la tesis de la Dra Cristina González de la Vega de Opl, "Medios alternativos de solución de conflictos", publicado en *Lineamientos para un proceso civil moderno*, Ediar, Bs. As., 1997

(2) Clariá Olmedo, Jorge, *Derecho procesal*, Depalma, Bs. As., 1982, t. I, p. 126

común en ellos, que se manifiesta en que el proceso judicial es típicamente contencioso. Esta institución netamente adversarial, ha sido la salida que tradicionalmente la ley otorgó a los conflictos de los justiciables, en la que se visualiza un sujeto en situación preponderante y munido de poderes coercitivos ejercido en el marco de la jurisdicción

La cultura de nuestro tiempo se caracteriza por la tónica individualista que también se refleja en las estructuras judiciales construidas al servicio de sus intereses. Es así que el juicio es concebido como una lid que resguarda la vigencia de los derechos subjetivos particulares, mediante la intervención de un juez estático que dirime el conflicto. El Estado se limita a proporcionar el instrumento para que aquellos que se consideren afectados puedan hacer valer sus derechos.

Es así que el proceso se fundamenta en el principio de la lógica formal, que se apoya en la construcción racional efectuada por un juez que dirige formalmente el litigio, y desvinculado de las circunstancias contextuales que no se encuentran en la vida del expediente, y que, a veces, conduce a soluciones injustas.

El proceso actual transita dificultades que se manifiestan conforme ensayos doctrinarios y encuestas efectuadas por distintas instituciones, en baja legitimidad social, lentitud y onerosidad del sistema. Estas circunstancias conspiran e impiden que el proceso judicial pueda cumplir con su finalidad pacificadora.

En casi todos los países del Viejo y Nuevo Mundo la administración de justicia refleja problemas similares, que se pueden sintetizar en la sobrecarga de los tribunales e inercia o lentitud en los trámites de los juicios.

En nuestro país, el sistema judicial, manifiesta dificultades similares, que se relevan en la faz operativa y que conducen a un desenvolvimiento poco funcional y de congestionamiento.

Esta situación preocupante llamó la atención de los estudiosos [illegible] y del mundo. Ello se puso de manifiesto en los distintos eventos [illegible] pero más lentamente en otras regiones, especialmente, en [illegible]. En efecto, en estas latitudes se ha puesto empeño en el estudio de [illegible] generales y contenidos teóricos, olvidando el aspecto operacionativo. Es así como los juristas argentinos se han interesado mayoritariamente por el estudio de lo dogmático más que por idear perspectivas que mejoren la administración de justicia en orden a preservar los valores de eficacia, igualdad y seguridad

Sin embargo, hoy no se discute sobre la existencia de otras formas o métodos para resolver las contiendas, distintas al juicio contencioso

En nuestro país contamos con algunos atisbos de solución a [illegible] nuevas propuestas que tienden a descomprimir los tribunales. En [illegible] se pretende encontrar como alternativa de la jurisdicción can[illegible] consensuados o nuevas formas de solución de los conflictos. Se advi[illegible] preferencia en adoptar técnicas informales de resolución de confl[illegible] tales como la conciliación, mediación y arbitraje. Prueba de ello es [illegible] 1480/92 que declara de interés nacional a la mediación [illegible] estableciéndola como experiencia piloto en la Capital Feder[illegible]. Posteriormente, a través de la ley 24.573 y de su decr. reg. 1021/95 [illegible] prevé la mediación con carácter obligatorio por un lapso de 5 años.

Por su parte, la provincia de Córdoba también ha incorporado [illegible] mediación en forma paulatina a su legislación. En un primer momento, [illegible] ocupó de esta forma alternativa a modo de experiencia piloto, hasta [illegible] sanción de la ley 8858 que la incorporó en forma definitiva (3).

El arbitraje como método alternativo se encuentra regulado en [illegible] todos los códigos procesales, pero está encorsetado dentro de un trán[illegible] pesado y complejo que lleva a que no sea utilizado.

La conciliación es la institución que más vigencia ha tenido a lo la[illegible] del tiempo, que está incluida en todos los códigos procesales (art. [illegible] C.P.C., art. 40 de la ley 7676 y art. 36 C.P.P.) y que, actualmente, ha si[illegible] remozada y es propuesta en forma asidua y reiterada, tanto para eta[illegible] pre e intraprocesal. También se utiliza para lo judicial, lo administrat[illegible] sustancial y lo formal.

Podemos concluir que existe una tendencia transformista y [illegible] desplazamientos que tienen por objeto lograr un cambio en la funció[illegible] juzgar y que apuntan en definitiva, a la reconversión de Poder Ju[illegible]

2. Concepto y caracteres

Los denominados medios alternativos, son institucion[illegible] jurisdiccionales de naturaleza consensuada y, por ende, diferente[illegible] establecidas para el proceso judicial que tienen por fin solucio[illegible]

(3) La ley 8858, publicada en el B.O., 14/7/00, reglamentada por el decr 1773/00, declara la mediación de interés público provincial y la regula como una instancia obligatoria para cierto tipo de asuntos

controversias entre los particulares. Se muestran como opcionales frente a la jurisdicción y su elección depende del disenso de las partes involucradas.

Los medios alternativos presentan el común denominador de ser equivalentes o sustitutos del proceso judicial. También se les ha asignado el carácter de ser supletorios o auxiliares del proceso. Pero la nota que los distingue es que constituyen formas diferentes del modelo adversarial que se manifiesta en los procedimientos ordinarios

La diferencia estriba en la naturaleza consensuada y en la forma en que se manifiesta la voluntad de decisión. En efecto, se trata de medios, instituciones o técnicas, a través de las cuales se arriba a una solución no por un juicio lógico de un juez común, que implica la subsunción de los hechos en la norma que aplica al caso concreto, sino a través del consenso reconocido por las partes al sujeto que actúa como dirimente o como artífice facilitador de la solución.

Por regla general, estas nuevas figuras se alejan del método adversarial y encuentran posibilidades al decir de Gozaíni «*en otras de menor encuentro conflictivo en donde la técnica de resolución y debate se acuerda voluntariamente y sin que esté ninguno de los litigantes obligado a recurrir al servicio que se ofrece, como sí ocurre con el proceso judicial*» (4).

Los medios alternativos presentan caracteres propios que les otorgan identidad y les dan autonomía. Ellos pueden ser reseñados desde distintos enfoques. Así,

- desde el punto de vista de su implantación son procesos voluntarios y consensuados;
- desde el punto de vista del trámite, se caracterizan porque los sujetos involucrados poseen amplias facultades de disposición para acordar sobre el procedimiento; rige en su trámite el principio de informalidad y de confidencialidad. También receptan los principios de personalidad, en el cumplimiento de sus actuaciones, y el de cooperación,
- desde el punto de vista de su objeto, el derecho sustancial que a través de ellos se actúa debe ser disponible.

(4) Esta es la posición de Gozaíni, Osvaldo, adoptada en su obra *Formas alternativas para la resolución de conflictos*, Depalma Bs. As., 1995, ps. 10/11

[illegible] consenso", al [illegible]
[illegible] aceptación bilateral de acudir a [illegible]
[illegible] la libertad para acordar está [illegible]
[illegible] de fondo Las facultades de disp[illegible]
[illegible] la posibilidad de elección del medio sino [illegible]
[illegible] todo el trámite. En efecto, el marco de dispo[illegible]
[illegible] referido a ciertos aspectos de su desarrollo [illegible]
[illegible] el que reclama, como el requerido, pueden ac[illegible]
[illegible] cumplir alguna actividad ya sea con mayor o menor ex[illegible]
[illegible] por ley. También podrían ser motivo de acuerdo otras [illegible]
[illegible] volvimiento, por ejemplo, la modalidad de las actua[illegible]
[illegible] formas que se deben cumplir y también sobre la [illegible]
[illegible] intervendrá en él como conductor.
[illegible] implica que se desritualiza el trámite dá[illegible]
[illegible] La informalidad tiende a desactivar el cr[illegible]
[illegible] poner en los sujetos conciencia de la neces[illegible]
[illegible] la solución del conflicto A esos fines debe enc[illegible]
[illegible] talidad de devaluación del litigio adversarial [illegible]
[illegible] as de solución de conflictos diferentes de la s[illegible]
[illegible], por cierto, contribuirá a lograr una mayor fluidez [illegible]
[illegible] flexibilidad en los resultados.
[illegible] ante la tramitación de estas nuevas modalidades de r[illegible]
[illegible] de "inmediación absoluta" y también otro estr[illegible]
[illegible] a él que es el de "personalidad". Esta idea aplicada a lo[illegible]
[illegible] ativos postula que el sujeto que interviene como dirimente [illegible]
[illegible] tivo conductor del proceso y tome contacto directo con las [illegible]
[illegible] n las modalidades que imponga el medio alternativo de que [illegible]
[illegible] su vez, el de personalidad, complementario del anterior, si[illegible]
[illegible] esencia ineludible de las partes durante todo el trámite o e[illegible]
[illegible] tos. Así, por ejemplo, se impone la comparecencia indisp[illegible]
los contendientes en las audiencias de mediación y en las de co[illegible]

La "cooperación" se presenta como una regla ínsita y nece[illegible]
alternativas jurisdiccionales y se torna imprescindible para su desarrollo y [illegible]
"Los deberes que pesan sobre el justiciable, que debe asumir -intern[illegible]

5 Morello Augusto Mario *Los abogados* Abeledo Perrot, Bs As 1993 p 98

valores que le atañen como obligaciones calificadamente específicas, y a satisfacer con rigor, porque, como ciudadano -buen ciudadano- lo que ocurra al servicio de justicia para nada le es ajeno. Nos referimos al principio de solidaridad y al deber de cooperación con los fines públicos a que responde el proceso civil moderno" [6].

Cabe señalar que para el saludable desarrollo de estos medios, debe idearse un control de gestión referido a los aspectos de legalidad del trámite, que puede ser solicitado por cualquiera de los involucrados. Esa misión puede ser llevada a cabo ya sea por jueces de la jurisdicción, por funcionarios especiales o por ambos en una tarea conjunta y complementaria.

Las ventajas que ofrecen los caminos alternativos se manifiestan en la mayor reducción de los tiempos y en la economía de gastos y en otros aspectos que frente al proceso judicial muestran notorias ventajas operativas.

3. Clasificación

Los medios alternativos, considerados autónomos, encuentran sitio dentro de la clasificación de los procedimientos, pero ocupando un sector propio. En este sentido, nos permitimos delinear el siguiente esquema:

1. *Procesos contenciosos*: que comprenden al proceso judicial clásico;
2. *Procesos diferenciados*: abarcativos de asuntos de menor jerarquía y complejidad, tales como la justicia vecinal o de las pequeñas causas;
3. *Medios alternativos*: que comprenden salidas diferentes al proceso judicial y que se manifiestan a través de la mediación, arbitraje, negociación y conciliación. El establecimiento de estos medios brinda una apertura a lo que Morello denomina *"justicia privada"* [7].

Como se apuntó, los medios alternativos son autónomos, no encuentran una regulación acabada y completa, sino que se encuentran en plena gestación. Estas soluciones alternativas, día a día cobran mayor vigor y ponen de manifiesto que el proceso judicial no debe estar en el centro sino en la frontera, y así acudir a él, cuando estas nuevas formas hayan fracasado.

(6) Morello *Los abogados*, ob cit., p. 97

(7) Véase Morello Augusto Mario, *La reforma de la justicia*, Platense - Abeledo-Perrot, Bs. As 1991, p. 72

4. Medios alternativos en particular

4.1 Arbitraje. Concepto y fundamento

El arbitraje ha sido previsto en todos los códigos procesales desde vieja data y no obstante su antigüedad es una institución poco utilizada ya que solamente se recurre a ella en los casos que resulta impuesto por la ley.

El arbitraje se configura *"como un medio voluntario de heterocomposición dispositiva de conflictos intersubjetivos, alternativo y condicionalmente excluyente del proceso judicial, que proporciona una decisión definitiva, irrevocable y ejecutiva"* [8].

El arbitraje es un proceso similar al judicial, pero menos formal, por regla, no está regido por el principio de legalidad. En él interviene el árbitro que es un juez, aunque no oficial y de condiciones diferentes.

Los particulares pueden resolver sus diferencias a través del sistema de juicio arbitral. Ello implica que el diferendo será solucionado por la intervención de sujetos elegidos por los interesados que se denominan árbitros o amigables componedores.

La ley admite que en determinados casos ya sea por voluntad de las partes o en virtud de vínculos existentes entre los contendientes, ciertas cuestiones especiales tengan otra tramitación distinta y fuera de la jurisdicción común.

De tal manera, las partes sustraen del ámbito de los jueces y tribunales la resolución de ciertas controversias. Ello no implica la renuncia al derecho de acudir a los jueces comunes, por cuanto por regla general la ley establece mecanismos de control de la actividad desplegada ante los árbitros.

El arbitraje, por definición, implica la exclusión de los órganos judiciales estatales para la resolución de una controversia ya sea por voluntad de las partes o de la ley. Por ende, los árbitros reciben sus facultades directamente de los contendientes o en su caso de la ley.

Actualmente en su reformulación se nos presenta como una atractiva vía alternativa del proceso judicial y que persigue fines específicos tales como: achicar la masa litigiosa, descongestionar los tribunales y, además, conseguir logros adicionales tales como economía de gastos y de tiempo.

(8) Roca Martínez José María, *Arbitraje e instituciones arbitrales*, Bosch Barcelona, 1992, p. 32

Nos estamos refiriendo a una nueva concepción de arbitraje absolutamente remozada. El arbitraje, como método alternativo de resolución de conflictos, presenta un enfoque *aggiornado* y dotado de características de modernidad que comulgan con nuestra realidad sociocultural. La tendencia renovadora del arbitraje se manifiesta en casi todos los países.

El arbitraje encuentra sustento en el deber genérico y constitucional del Estado de administrar justicia. Ante una situación de conflicto intersubjetivo de intereses es menester su intervención a través de los órganos jurisdiccionales para la solución del caso. Sin embargo, en algunas hipótesis, los particulares pueden convenir sobre el desplazamiento del poder de decisión y sobre el modo de solucionarlo. Esta facultad de disposición de los justiciables es reglamentada por el Estado al fijar un procedimiento distinto del judicial para lograr la satisfacción de sus intereses. Ello se refleja en la mayor o menor flexibilidad del sistema. Los límites objetivos que el ordenamiento jurídico impone están dados por la frontera existente entre los derechos disponibles e indisponibles. En efecto, todas aquellas cuestiones que afecten al orden público o lo comprometieren no podrán ser sometidas al arbitraje.

Cabe señalar, sin embargo, que el arbitraje cualquiera fuera su modalidad responde o debe responder a la garantía del juez natural preconstituido por ley, ya sea porque las partes lo pactan o esta jurisdicción surge en virtud de una disposición legal [9]. También debe ajustarse a las pautas del debido proceso legal adjetivo, previsto en el art. 18 C.N..

4.1.2. Clases y procedimiento

Tradicionalmente, el arbitraje ha sido distinguido, atendiendo a su origen, en forzoso y voluntario, y atendiendo al procedimiento y pautas que deben seguirse para resolver la cuestión, en de árbitros *iuris* o de amigable composición [10].

(9) No hemos dejado de analizar la posición sustentada por el Dr. Mariano Arbonés en el sentido de que "*el proceso arbitral se nos presenta como una excepción a la regla fundamental que es el concepto de juez natural y roza, peligrosamente, la calificación comisión especial que expresamente fustiga nuestra Constitución en su art. 18*" (Arbonés, Mariano, *Naturaleza jurídica del procedimiento y de las instituciones básicas del proceso arbitral*, Cap. III, D-93, Zeus, t. 59).

(10) Véase, Alsina, ob. cit., p. 23. Palacio, ob. cit., p. 17 y ss.

[illegible] determinación de las partes. [illegible] espontáneamente [illegible] para lo cual se puede suscribir un compromiso [illegible] forzoso cuando su exigibilidad es consecuen[illegible] o deviene de la aplicación de una dispos[illegible] las partes han concertado, de antemano, que [illegible] derivado de una relación jurídica, éste será [illegible] de un procedimiento arbitral, por ejemplo, en el [illegible] al celebrar un contrato, en una de sus cláusulas, [illegible] las cuestiones que se susciten derivadas de éste, [illegible] del procedimiento arbitral. Además, pueden pr[illegible] alternativas para la decisión, como por ejemplo, [illegible] forma de elegirlo, los trámites a seguir hasta la obte[illegible] y, en su caso, la previsión de si se admitirá o [illegible] impugnaciones.

[illegible] segundo caso, el legal o forzoso, resulta obligada su adop[illegible] de disposiciones sustanciales o formales que lo establecen [illegible] lo, para determinar el precio de la locación de servicios, [illegible] hubiese pactado el precio (art. 1627 C.C.); para resolver confl[illegible] vecinos (art. 2621 C.C.); o ante la diferencia de estima[illegible] [illegible]omicas cuando existen obligaciones de pago (art. 2621 C.C.) [illegible] caso de vicios o defectos que se atribuyan a las cosas vendi[illegible] las calidades entregadas (art. 476 C.Com.); para la decisi[illegible] dificultades suscitadas sobre la interpretación de las cartas de cré[illegible] recomendación (art. 491 C.Com.); o cuando el daño sufrido por un [illegible] o cargamento pueda considerarse avería y deba ser pagado [illegible] asegurador (art. 1324 C.Com.).

Otras veces, el carácter de impuesto deriva de normas adjeti[illegible] en algunos sistemas procesales lo establecen en forma vinculante. [illegible] el caso de nuestra provincia y la de Santa Fe (arts. 603 C.P.C. y 417 [illegible] la Pcia. de Santa Fe). Ambas legislaciones contemplan el arbitraje f[illegible] para los juicios declarativos generales, entre parientes dentro del [illegible] grado de consanguinidad o segundo de afinidad y para deter[illegible] relaciones jurídicas (juicios de cuentas complicados y de difícil justi[illegible] la determinación de las bases necesarias para hacer posible la [illegible] de la sentencia cuando ésta así lo disponga, y para las demás [illegible] que expresamente determine la ley).

El arbitraje de *iure* implica un procedimiento seguido conform[illegible] normas procesales del sistema adjetivo correspondiente, cuando no [illegible]

hubieren efectuado convenciones al respecto. Ello significa que se observará el trámite de derecho y se sentenciará con arreglo a las prescripciones de la ley. En cambio, la *amigable composición* permite llevar adelante un procedimiento sin sujeción a formas legales, pero tomando las previsiones necesarias para el resguardo del derecho de defensa en juicio. El amigable componedor resuelve la controversia a conciencia, ello implica que lo hará a través de la equidad y honradez que surge de su íntimo convencimiento y leal saber y entender

En la actualidad el arbitraje presenta distintas manifestaciones, que lo distinguen en arbitraje de derecho público y de derecho privado. A estos efectos se identifican distintos elementos del arbitraje para individualizarlos. Así desde el punto de vista subjetivo, el arbitraje es *público* cuando uno de los sujetos que interviene pertenece al ámbito del derecho público. En tanto que en el *privado* los sujetos se encuentran en una situación de igualdad. Teniendo en cuenta el objeto de ambos, se advierte que en el público las cuestiones controvertidas que se someten a él son de naturaleza pública, en cambio, cuando el conflicto se refiere a intereses privados, el arbitraje será privado.

En nuestro país, existen tribunales arbitrales privados, que funcionan en instituciones, a los efectos de resolver los conflictos de sus asociados, como por ejemplo: la Bolsa de Comercio de Buenos Aires, que interviene de acuerdo a prescripciones estatutarias, o el Tribunal Arbitral del Colegio de Abogados de San Isidro, etcétera.

Los privados pueden estar constituidos permanentemente como institución o bien ante el conflicto requerirse su formación. En este sentido, como señala algún autor de prestigio, la regulación de estos tribunales es bastante profusa y no se rige por un patrón común. Sin embargo, se advierte algunos aspectos recurrentes, en lo atinente a las condiciones para ser árbitro, las causales de recusacion, etcétera.

Otra modalidad del arbitraje se manifiesta en el *interno o nacional* e *internacional*. La distinción depende del tipo de documento que genera la jurisdicción arbitral, de los sujetos que intervienen, de la legislación que se aplica para llevar adelante el procedimiento y del dictado del laudo. En esta idea podemos afirmar que el arbitraje *interno* implica un procedimiento por el cual se resuelve un conflicto entre sujetos de derecho privado, y mediante la aplicación del derecho adjetivo del país. En cambio, estaremos frente al *arbitraje internacional* si se desencadena como consecuencia de un convenio entre personas físicas o jurídicas diferentes. En este último caso, el conflicto puede ser dirimido por terceros designados por las partes

[illegible] árbitros o a través de organismos internac[illegible] [illegible] reglamentos propios y competencias específicas [11]

[illegible] señalar, por último, vinculado a este punto, que el arbitra[illegible] [illegible]dimiento autónomo y se diferencia del proceso tradicional c[illegible] [illegible]speciales; también del juicio pericial o pentaje arbitral [12]. Resp[illegible] [illegible] último, la diversidad se manifiesta desde el punto de vista finali[illegible] [illegible] juicio pericia o pentaje arbitral reconoce una finalidad probat[illegible] [illegible]to que en el juicio arbitral propiamente dicho, se dirime conflict[illegible]

El trámite que se sigue ante estos sustitutos procesales se con[illegible] [illegible] "juicio arbitral". Este procedimiento supone una modalidad dist[illegible] [illegible]ás plástica que el genérico y tradicional proceso judicial. Ello es [illegible] que desde muy antiguo se consideró que la forma para solucio[illegible] [illegible] diferencias era consultar la opinión de una o más personas [illegible] [illegible]nfianza a fin de que dirimieran el conflicto. Sin duda, ha sido la prin[illegible] [illegible]rma o al menos una de las más remotas y pacíficas de resolver [illegible]ontroversias, junto con la transacción.

Esa referencia continua del arbitraje en la evolución histórica [illegible] derecho procesal, señala que este instituto constituye una de [illegible] modalidades naturales más próximas a los particulares para resol[illegible] sus conflictos.

En un enfoque sociológico puede decirse que el arbitraje es la prim[illegible] exploración de la comunidad en aras de lograr justicia y que ha señala[illegible] la ruta hacia el proceso judicial. Sin embargo, ello no significa que [illegible] institución del arbitraje sea del pasado, por el contrario, puede decir que ha sido y es una compañera permanente de la jurisdicción y, por tanto, detenta el valor de una importante alternativa.

La jurisdicción propiamente dicha, es decir, la judicial, resuelve [illegible] controversias románicamente, en función del principio de legalidad ([illegible] justo lo que se adecua a derecho); en cambio, en la decisión arbitral ([illegible] *aequo et bono*) prevalece la idea de equidad.

(11) Cabe citar los tratados formalizados en el marco del Mercosur que atribuy[illegible] conocimiento y decisión de los asuntos que se susciten entre particulares derivad[illegible] contratos comerciales a tribunales arbitrales *ad hoc* o institucionales. Al respecto, v[illegible] Protocolo de Brasilia para la Solución de Controversias del Mercosur, que reglamenta el A[illegible] II del Tratado de Asunción incorporado por ley 24 102 del 7/6/92 Acuerdo sobre Arbitraje Comercial en el Mercosur incorporado por ley 25 223 del 24/11/99

(12) Palacio *Tratado...*, t. IX p 182, Alsina, ob cit., ps. 88 y 89

4.1.3. *Caracteres*

El arbitraje se manifiesta en forma diversa en las distintas legislaciones; sin embargo, se pueden señalar algunas coincidencias que permiten su caracterización.

En primer lugar, apuntamos que se utiliza el arbitraje como un medio para resolver un conflicto; por lo tanto, tiene como antecedente necesario una hipótesis conflictiva o de discordancia de voluntades. Su objeto es una pretensión, es decir, un conflicto fundamentado en hechos con relevancia jurídica. Ello implica que puede ser utilizada para dilucidar desde desinteligencias en algún aspecto de una relación jurídica hasta un verdadero conflicto. Sin embargo, por regla general, existe un convenio previo entre las partes para someter el diferendo a la decisión de árbitros. Se acude a esta modalidad, habitualmente, por existir un descreimiento en el sistema judicial, o para obtener un pronunciamiento con mayor celeridad o que insuma menos costos. El arbitraje opera como una vía excluyente del proceso judicial.

En segundo lugar, el procedimiento arbitral se desarrolla con la intervención de un tercero en calidad de árbitro. Se trata de heterocomposición, ya que la solución del caso la proporciona un sujeto distinto de las partes que interviene con facultades decisorias; la resolución que dicte vincula a las partes [13].

El tercer carácter que advertimos está dado en la preeminencia e injerencia del elemento volitivo en el procedimiento arbitral en ciertos tipos de arbitraje. En efecto, generalmente, son las partes quienes deciden sobre el cuándo, el cómo y el por qué del juicio arbitral. A su vez, son ellas las que determinan el alcance del compromiso desde el punto de vista procedimental y la materia sustancial. Sin embargo, el arbitraje históricamente en los cuerpos formales antiguos y aun en los actuales, se impone para algunas cuestiones [14], pero, además, se prohíbe o se limita para otras.

El cuarto elemento que tipifica al arbitraje, se manifiesta en que la materia sustancial que puede ser dirimida a través del procedimiento arbitral

(13) Rabones, le denomina sistema de heterocomposición privada (véase Arbonés ob. cit., Cap. IV, Zeus, t. 59, D-143.

(14) En países como Portugal, México, Argentina o Chile se regula el arbitraje voluntario y el forzoso (Roca Martínez, ob. cit., p. 31).

debe pertenecer al campo de los derechos disponibles. Ello implica que la categoría de las pretensiones debe estar referida a cuestiones generalmente de naturaleza patrimonial que puedan ser dispuestas libremente por los sujetos. Esto es así, por cuanto si el conflicto se refiere a intereses indisponibles como asuntos penales o relativos al estado de las personas o a otros que de alguna manera afecten el orden público o el Estado, estaría vedado su empleo. En el arbitraje, tiene preeminencia el factor de voluntariedad ya que reconoce como origen el acuerdo de partes.

Por último, señalamos, que la decisión que se obtiene mediante el proceso arbitral es, en principio, definitiva e irrevocable para ambos sujetos procesales, para actor y demandado. El laudo puede o no ser revisado en sede jurisdiccional; destacamos, que la persona del árbitro goza de todos los atributos y facultades que ostenta un juez jurisdiccional pero carece de *coertio y ejecutio*, por lo que para la traba de una medida cautelar o para la eventual ejecución de sentencia debe concurrir a la sede jurisdiccional.

5. Mediación

5.1. *Concepto y regulación legal*

La mediación es asumida como un método no adversarial de resolución de conflicto, que se presenta como una técnica que tomará diferentes modalidades vinculadas al procedimiento judicial, según la legislación la admita. Esta institución tiene características propias, que pueden hac[...] a su utilización como técnica o a su incorporación como méto[...] alternativo de resolución de conflictos. En este último caso es una activid[...] complementaria para la realización de un juicio.

La mediación puede ser conceptualizada como un procedimiento [...] adversarial aceptado voluntariamente por las partes, en el que un ter[...] neutral, ayuda a éstas a que en forma cooperativa encuentren un acuerd[...]

Constituye un esfuerzo pautado y facilitador de la comunicación en[...] las partes al que pueden acudir voluntariamente los particulares y así [...] el camino judicial.

(15) González de la Vega de Opl, Cristina, *Lineamientos para un proceso civil moderno*, Ediar, Bs. As., 1997, p. 305.

Se le asigna el carácter de no adversarial porque en su conformación no existe un tercero que suple la voluntad de las partes decidiendo, sino que ellas actúan juntas y cooperativamente. A través de la mediación se persigue alcanzar un acuerdo superador de la disputa en base a la cooperación y a la comprensión del problema por parte del otro. La decisión a que se arriba, generalmente, conforma el asunto de acuerdo a los intereses de las partes.

5.1.2. Caracteres

Se utiliza el término mediación para describir un conjunto de prácticas encaminadas al auxilio de las partes, en procura de lograr una adecuada comunicación con fines de avenimiento. Por ello, sus caracteres son: flexibilidad, informalidad, confidencialidad y agilidad.

La mediación se caracteriza por ser informal. Ello implica que su desarrollo no está sujeto a reglas especiales, pero no es totalmente ajeno a ellas. Se establecen reglas mínimas de actuación que condicionan el desempeño de los sujetos involucrados y que de antemano indicará el mediador. Ellas constituyen criterios o pautas de conducta consensuadas, a las que los sujetos en conflicto acomodarán su desempeño. Por ejemplo, se podrá consensuar que las partes se concedan espacios de atención y se escuchen mutuamente fijándose tiempos al efecto; asimismo, se consignará la utilización de un lenguaje neutral carente de subjetivismo, etcétera.

La mediación es flexible al permitir al mediador moverse en un amplio sector limitado por formalidades mínimas. A tal efecto, se impondrá una tónica distinta al procedimiento, según lo requieran las características del caso. Por ejemplo: se tendrá en cuenta para abordar una mediación formal la calidad que tengan las partes afectadas por la disputa; la naturaleza del asunto conflictivo, etcétera. También se podrá encarar una mediación menos formal, utilizándola como método de comunicación entre sujetos de sociedades cooperativas, vecinos, integrantes de un consorcio de propiedad horizontal, etcétera.

La informalidad, por último, adquiere su grado más intenso en los conflictos relativos a las relaciones de familia. En definitiva, su mayor o menor informalidad será inversamente proporcional a la menor o mayor complejidad del asunto y a la naturaleza del derecho afectado. Esta ductilidad que manifiesta la institución la convierte en una herramienta sumamente útil para superar las controversias.

Otro aspecto saliente de la mediación es el de la confidencialidad que debe garantizar la reserva de las expresiones vertidas durante el desarrollo de la mediación. Es que en muchos casos la instancia se mueve dentro del campo del derecho a la intimidad, de jerarquía constitucional, y su protección debe estar asegurada. Por ello, los asistentes a las sesiones deben guardar absoluta reserva sobre todo lo acontecido, con el compromiso de la no divulgación de lo hablado y de la imposibilidad de que esa información pueda, posteriormente, utilizarse en contra de alguna de las partes.

El procedimiento de mediación se caracteriza por ser ágil y rápido. Por regla general, el desarrollo de la mediación insume poco tiempo o al menos se lleva a cabo en un plazo menor que el proceso judicial. Algunas veces, requerirá de varias sesiones para poder resolver la disputa y, en otras, arribará a la solución en un solo día. Esto significa que la dimensión del tiempo estará dada por la importancia del caso, por la habilidad d[illegible] mediador, por el grado de cooperación de las partes, etcétera; por fin, [illegible] establece un límite en el tiempo para el caso en que no se arribe a [illegible] acuerdo, y queda de esta forma expedita la vía judicial.

5.1.3. Fundamento

La mediación encuentra sustento en la ineficiencia del sistem[illegible] judicial que se manifiesta en la acumulación de causas, en la lentitud [illegible] morosidad de los tribunales que resultan incompatibles con la[illegible] necesidades de nuestra sociedad

El tema origina preocupación a nivel general y hace surgir la necesidad de encontrar otras alternativas. Así se han intentado paliativos, tendien[illegible] a superar el aspecto funcional de la administración de justicia y algun[illegible] también en la faz procedimental. A esta idea responden las iniciativ[illegible] vinculadas a emplear más recursos humanos y materiales o a su reasigna[illegible] tratando de obtener una mayor racionalidad en la administración de ju[illegible] A pesar de ello, como lo ha demostrado la experiencia recogida en nue[illegible] país, estos intentos no lograron los fines propuestos.

En este orden de ideas, aparece la mediación como un [illegible] adecuado para la resolución de ciertos conflictos. Este mec[illegible] contribuye a lograr fluidez en las relaciones interpartes y en adop[illegible] decisión conjunta con el auxilio de un tercero aceptado.

También reconoce fundamento en la función preventiva que ofrece. En esta idea se han diseñado organizaciones destinadas a disminuir

las condiciones estructurales y pautadas de aparición de conflictos [16]. De esta forma se pretende anticipadamente evitar que se generen y se afinquen conflictos disminuyendo las condiciones que hacen probable su aparición.

El éxito de la mediación apareja una disminución del material litigioso en el sistema de administración de justicia y, en definitiva, contribuye a su descongestionamiento.

La mediación tiene la virtud de cambiar la postura contraria de las partes y potenciar su actitud conciliadora. Por ello, se ha dicho que la adopción del método genera un crecimiento moral en las personas y en la población en general. Esto es así, ya que su aceptación no sólo puede implicar la satisfacción de intereses individuales, sino que los sujetos se verán beneficiados al saber encarar mejor sus problemas y aprenderlos a resolver de un modo creativo y pacífico [17].

También se justifica en la idea que su adopción permite construir para el futuro, puesto que no se indaga sobre el pasado, estableciendo culpas o deslindando responsabilidades, sino que, por el contrario, se pretende detectar el punto discordante y encontrar una solución al problema.

5.1.4. El mediador

C[illegible]nforme lo expresado, la mediación es una institución o una [illegible] de génesis extraprocesal, que puede ser utilizada para superar [illegible] diferendo.

I[illegible]ternacionalmente, la mediación, ha constituido una forma pacífica [illegible]ucionar conflictos, como una salida diplomática. En este plano [illegible]erte en la Primera Conferencia de la Paz de La Haya, el esbozo de [illegible] del mediador, al explicitarlo como un conciliador de las [illegible]es antagónicas y apaciguador de los sentimientos de agravio [illegible]íses desavenidos. La mayoría de los postulados de la mediación [illegible] tomados del derecho internacional, traspolándose al campo del derecho privado, en el que resulta asistida por los principios que informan a instituciones afines.

(16) Bianchi, Roberto A., *Mediación prejuicial y conciliación*, Zavalía, Bs. As., 1996, p. 67.

(17) Highton, Elena, Alvarez, Gladys, *Mediación para resolver conflictos*, Ad- Hoc, Bs. As., 1995 p. 222

Con la nomenclatura de mediación, se alude tanto a un procedimiento [illegible]omo a una técnica. Lo primero, supone que en su realización empírica se manifiesta como una estructura evolutiva -procedimiento- que se inicia [illegible]on la presencia de dos sujetos que se encuentran en posiciones contrarias y rígidas, encaminándose a la comunicación y determinación de los puntos conflictivos, hasta llegar a una situación de reconocimiento mutuo (acuerdo)

Procedimentalmente, implica una estructura señalada por la ley y diseñada por normas procesales que establecen genéricamente las posibilidades de su utilización. Es la objetivación de un desenvolvimiento que se presenta en forma ordenada para lograr acuerdos. Ello no requiere esencialmente la evolución en situaciones o tramos estancos, sino en una actividad secuencial en donde cada paso lleva al próximo. Es así, que el mediador podrá volver atrás y repetir o modificar etapas cuando resulten inadecuadas. Es un proceso cíclico.

La nota de no adversarialidad que presenta el procedimiento de l[illegible] mediación, implica que las partes actúan en forma coordinada para encont[illegible] juntas una solución a su problema. En cambio, en el proceso judicial present[illegible] la característica que se encuentran sujetos enfrentados, en el carácter d[illegible] "partes" frente a un tercero, llamado "juez o árbitro" que dirime la contienda tomando decisiones por ellos (proceso judicial o arbitral).

En la autocomposición las partes directamente encuentran la solución, sin que nadie les imponga su decisión. En este caso, existe mayor probabilidad de cumplimiento de lo pactado que en situaciones de heterocomposición.

Dijimos, también, que constituye una técnica destinada a lograr la comunicación entre las partes en orden a la consecución de un acuerdo que satisfaga los intereses de cada una de ellas. Así, el mediador utilizará diferentes mecanismos o enfoques del problema, de acuerdo a las características del conflicto y a las posturas de los sujetos involucrad[illegible] para disuadirles obteniendo coincidencias [18].

(18) Así el mediador empleará diferentes formas para obtener información. Es co[illegible] se utilice el método de las preguntas como herramienta para iniciar el proceso de mediación, que el mediador debe conducir insertando espacios de silencios En este sentido, véase el trabajo de Martín Miguel Angel, "¿Qué cómo y por qué preguntar en la resolución de disputas?", en Sup. de Resolución de Conflictos (R.C.), La Ley, Bs. As., 20/12/99

Es una técnica que lleva ínsita en su naturaleza la idea de desactivar la contradicción. Induce a las partes a una solución acordada sólo por ellas mismas. La mediación incorpora otro elemento objetivo para la solución del conflicto; con esta técnica se procura ejercer una tarea de saneamiento independiente en los intereses de cada parte [19]. La mediación aparece entonces como una técnica especializada tendiente a colaborar en el hallazgo de una solución "a medida".

Si la mediación tiene éxito en el campo de los derechos disponibles, bastará posiblemente el simple acuerdo logrado pudiendo exigirse su homologación.

La mediación por naturaleza debe ser aceptada voluntariamente por los sujetos involucrados en el conflicto, por ello, el camino no debe ser impuesto, sino que las partes lo deben elegir libremente por su sola decisión, aunque podrán ser inducidas. Los sujetos adoptan esta institución por su propia convicción, en la idea de que les va a ser suficientemente ventajosa. Esto a efectos de lograr en forma cooperativa un acuerdo.

El tercero neutral e imparcial, que actúa como mediador, se presenta con características similares a la del juez y del árbitro; pero cabe hacer distinciones. El mediador debe tener, además del título de abogado, condiciones de idoneidad específicas. Esta aptitud se obtendrá del entrenamiento que hayan efectuado estos sujetos, a fin de desempeñar adecuadamente la tarea encomendada e influir eficientemente en la toma de decisiones por parte de los sujetos en conflicto.

En el orden nacional la mediación prejudicial está regulada por la ley 24.573 con carácter obligatorio para la ciudad de Buenos Aires y por un plazo de cinco años que fue renovado recientemente. Como hemos señalado, la imperatividad de la norma es discutible, por cuanto en abstracto para el éxito de este medio alternativo se requiere necesariamente de la colaboración espontanea (contrario a obligatoria) por parte de los sujetos a quienes atañe el conflicto. Sin embargo, estimamos que el legislador, en una función docente la ha instaurado para que resulte aceptada por la sociedad y a fin de que se acuda en el futuro a ella en virtud del consenso.

(19) Gozaíni, Osvaldo, *Mediación y reforma procesal*, Ediar, Bs. As., 1996, p. 23.

El citado texto legal en su art. 10 la instituye obligatoriamente, en tanto que el art. 2° delimita las cuestiones sustanciales que no son mediables, verbigracia: acciones de separación personal y divorcio, nulidad de matrimonio, filiación y patria potestad, con excepción de las cuestiones patrimoniales derivadas de ésta, los procesos de declaración de incapacidad y de rehabilitación, medidas cautelares, diligencias preliminares y prueba anticipada. En cambio, el régimen es optativo para el caso de los procesos de ejecución y juicios de desalojo.

En nuestro ámbito local de la ciudad de Córdoba, el Tribunal Superior de Justicia por acuerdo extraordinario N° 407 del 17/2/98, dispuso el funcionamiento en la órbita del Poder Judicial del "Centro Piloto de Mediación". En este marco legal se admite la posibilidad de que los jueces fijen una audiencia informativa para sugerir a las partes la utilización de esta técnica de resolución de conflictos. Posteriormente, con la sanción de la ley provincial 8858 y su decr. reg. 1773, hizo operativa esta nueva forma procesal para lograr la autocomposición de los conflictos [20].

El régimen cordobés declara de interés público provincial la utilizac[illegible] de la mediación como método no adversarial de resolución de conflicto con carácter voluntario. En forma excepcional, resulta obligatoria en to[illegible] contienda judicial civil o comercial para cierto tipo de causas. Así la ley establece en forma objetiva una nómina de los asuntos que deb[illegible] someterse a mediación y también confiere al juez la potestad de intentar la solución del conflicto por la vía de mediación [21]. Con idéntico criterio la ley señala los supuestos de exclusión de la mediación teniendo en cuenta

(20) Ley provincial 8858, publicada en el B.O., 14/7/00 y el decr. reg. 1773, ha[illegible] publicado en el B.O., 14/10/00.

(21) El art. 2° de la ley 8858 dispone: "*Excepcionalmente* será de instancia obligato[illegible] toda contienda judicial civil o comercial en los siguientes casos: a) en contiendas de [illegible] tencia de los jueces de primera instancia civil y comercial que deban sustanciar[illegible] trámite del juicio declarativo, abreviado y ordinario cuyo monto no supere el equiv[illegible] ciento cuarenta (140) jus; b) En todas las causas donde se solicite el beneficio de li[illegible] gastos; c) cuando el juez por la naturaleza del asunto, su complejidad, los intereses [illegible] estimare conveniente intentar la solución del conflicto por la vía de la mediación";

El intento de solución del conflicto por vía de la mediación, realizado en sede extrajudicial a través de un mediador o Centro de Mediación Público o Privado, debidamente acreditado, eximirá a las partes del proceso de mediación en sede judicial.

la naturaleza del derecho sustancial vulnerado o por la finalidad de ciertas actuaciones procesales que no admiten espera ni aplazamientos [22].

5.1.5. Mediación penal

En primer lugar, cabe aclarar que la mediación en el ámbito penal no tiene por fin negociar privadamente la graduación o la aplicación de las penas, puesto que en tal sector jurídico rige el principio de legalidad.

El predominio del principio de legalidad restringe, sin duda, la disponibilidad de las partes con relación al conflicto que llevan a la mediación. Sin embargo, a pesar de que esta posibilidad no cuenta con recepción legislativa en lo atinente al principio de oportunidad, ello no obsta a que la mediación pueda prestar sus servicios [23].

Se denomina, entonces, mediación penal, al proceso que se desarrolla entre los sujetos conectados por un hecho que puede ser desplegado jurídicamente en un proceso penal, con el marco que por la negociación ello implica, atendiendo a la particular fuerza que sobre los protagonistas ejerce la posibilidad de que al cabo de dicho proceso se decida la aplicación de una sanción penal [24].

El universo delictivo susceptible de ser mediado, se configura especialmente, por delitos menores y siempre que se cuente con la

(22) El art. 3° de la ley 8858 prevé: "*Quedan* excluidas del ámbito de la mediación las siguientes causas. a) Procesos penales por delitos de acción pública, con excepción de las acciones civiles derivadas del delito que se tramiten en sede penal. Las causas penales donde se haya instado la constitución de actor civil y en las cuales el imputado no se encuentre privado de su libertad podrán ser sometidas a mediación en el aspecto civil, una vez vencido los términos de la oposición a la constitución del mismo, sin que ello implique la suspensión del trámite alguno; b) Acciones de divorcio vincular o personal, nulidad matrimonial, filiación, patria potestad, adopción, con excepción de las cuestiones patrimoniales provenientes de éstas, alimentos, tenencia de hijos, régimen de visitas y conexos con éstas; c) Procesos de declaración de incapacidad y de rehabilitación; d) amparo, hábeas corpus e interdictos; e) Medidas preparatorias y prueba anticipada; f) Medidas cautelares; g) Juicios sucesorios y voluntarios, con excepción de las cuestiones patrimoniales derivadas de éstos; h) Concursos y quiebras; i) en general, todas aquellas cuestiones en que esté involucrado el orden público o que resulten indisponibles para los particulares".

(23) El proyecto de experiencia piloto se enmarca en la circular 45/99 del Ministerio Público Fiscal que propone la intervención de la Dirección Nacional de Métodos Alternativos de Resolución de conflictos (DINAMARC) del Ministerio de Justicia de la Nación, en los supuestos de suspensión del juicio a prueba (art. 76 bis C.P.)

(24) Caram María Elena, "Hacia la mediación penal", L.L. 2000-B, 967

aquiescencia de las partes. El modelo conciliatorio no resulta ajeno a nuestro ordenamiento jurídico penal, dado que se utiliza en los delitos de acción privada (delitos de calumnias e injurias, violación de secretos, salvo en los casos de los arts. 154 y 147 C.P., concurrencia desleal e incumplimiento de los deberes de asistencia familiar cuando la víctima fuere el cónyuge, conforme el art. 73 C.P. En estos tipos legales, una vez presentada la querella se cita a las partes, querellante y acusado, a una audiencia de conciliación (art. 432 C.P.P.).

En síntesis, el proceso de mediación en sede penal, apunta a obtener un procedimiento que se perciba como justo, tanto desde la perspectiva de la víctima como del autor del hecho.

6. Conciliación

6.1. Concepto. Fundamento

La conciliación supone el avenimiento entre personas que tienen intereses contrapuestos. El vocablo, proviene de la voz *conciliare*, que significa reunir, componer y ajustar los ánimos en las diferencias de los que están opuestos entre sí o conformar dos o más proposiciones contrarias [25].

La conciliación aparece indisolublemente ligada a la idea de conflicto o controversia como situación preexistente. A través de esta institución cada uno de los sujetos involucrados podrá adoptar declaraciones de voluntad coincidentes tendientes a poner fin al conflicto.

La conciliación ha sido definida como "*el acuerdo o avenencia de las partes, que mediante renuncia, allanamiento o transacción, hacen innecesario el litigio pendiente o evitan el litigio eventual*" [26].

Se trata de una institución de antigua extracción, y ampliamente difundida. En sus comienzos era ejercida por sujetos o grupos que tenían características especiales en orden a las aptitudes de avenidores (consejo de familia, clan, etcétera). Avanzados los tiempos, la conciliación se manifestó, principalmente en la perspectiva judicial y modernamente en la extrajudicial.

(25) Highton-Alvarez, ob. cit., p. 101

(26) Couture, Eduardo J., *Vocabulario jurídico*, Montevideo, 1960, p. 171

La conciliación opera como un método o una técnica para la resolución de conflictos y se verifica en distintos ámbitos y oportunidades. Así, los sujetos pueden finiquitar sus diferencias en el proceso o fuera de él (conciliación judicial y extrajudicial); también pueden acordar antes de iniciar un pleito o durante su tramitación (conciliación prejurisdiccional o judicial).

La hipótesis de la conciliación, en el proceso judicial, ha sido receptada desde tiempos inmemoriales por los cuerpos adjetivos, para que sea utilizada oficiosamente por los jueces en cualquier momento del desarrollo de la litis. Lamentablemente, esta institución de indudable importancia para la solución de las contiendas judiciales no es empleada frecuentemente.

Se señala que la institución implica una adecuada elaboración por las partes relativas a la situación planteada (conocimiento); existe también un factor llamado sicológico, porque los sujetos en conflicto participan y son protagonistas en la solución del conflicto. Además, la solución se logra en un ámbito de libertad y fraternidad [27].

La conciliación puede ser aprehendida en un doble enfoque, esto es, como proceso y como acto. En la primera perspectiva, se manifiesta como una sucesión de actos encaminados a lograr la composición del litigio. A veces, resulta prevista por el legislador como una etapa previa al desarrollo del juicio. Tal sucede en el fuero laboral en la ciudad de Córdoba [28]; otras veces, integra una etapa prejurisdiccional previa a la de promoción de la demanda y opera como requisito de admisibilidad de aquella. Tal sucede en la ley de organización y procedimiento de los tribunales de familia para Córdoba capital [29].

La conciliación como acto es un "acuerdo" que presenta la connotación de ser por regla general, de contenido complejo. Al respecto, señala Barrios de Angelis, que *la conciliación es un acuerdo entre partes, homologado expresa o tácitamente por el tribunal, que se vierte sobre un objeto del proceso y equivale, a su respecto, a una sentencia definitiva. El carácter de complejo, se manifiesta en que los tres sujetos tienen una función diversa. Las partes realizan un acuerdo, en algunos aspectos similar a un contrato y, en otros distinto. Por él una de ellas renuncia a la totalidad de sus pretensiones, o críticas a la pretensión del contrario (renuncia unilateral, del actor o del demandado, sin que el adversario efectúe renuncia alguna) o ambos ceden parte de sus pretensiones, o críticas a la pretensión del contrario (transacción)* [30]. Por su parte, el tribunal tiene como función primordial el de proponer fórmulas conciliadoras revistiendo una función netamente pacificadora.

(27) Geisi Bidart, Adolfo, "Procedimientos preferentes, alternativos y complementarios del proceso judicial", el libro *Homenaje a la Escuela Procesal de Córdoba*, Lerner, Cba., 1995, p. 663

(28) La ley procesal laboral 7987 la contempla como una fase previa a la del juicio (art [illegible] y conc.)

(29) La ley 7676 impone que previo a la demanda deberá el interesado cumplir con la etapa prejurisdiccional que se lleva a cabo por ante el asesor de Familia, cuya misión principal es la de avenir a las partes, ejerciendo facultades conciliatorias.

6.2. Modalidades

La conciliación ha sido recibida en los ordenamientos formales a manera de facultades del juez o como poderes-deberes que ejerce durante el desarrollo del proceso y para todo tipo de conflictos, salvo que se trate de asuntos de carácter indisponible o de orden público.

Las compilaciones formales precisan los momentos de su ejercicio sin perjuicio de las facultades de intentar la conciliación en otras etapas o instancias del proceso.

El Código Procesal Civil y Comercial de la Nación la contempla dentro de los deberes del juez, vinculada a las relaciones de familia (art. 34 inc. 1 C.P.C.) y con carácter general está prevista en el inc. 2.a. del art. 36 C.P.C.N., cuando establece: «Disponer, en cualquier momento, la comparecencia personal de las partes para intentar una conciliación o requerir las explicaciones que estimen necesarias al objeto del pleito. La mera proposición de fórmulas conciliatorias no importará prejuzgamiento;...". Posteriormente, con la inclusión de la audiencia preliminar en el art. 360 del mismo cuerpo legal se convirtió en una secuencia ineludible dentro del desarrollo de la citada audiencia.

En el ámbito de la provincia de Córdoba, la conciliación ha estado prevista siempre y la ley adjetiva vigente la regula en el art. 58 con una fórmula similar a la utilizada en el orden nacional. Cabe señalar, sin embargo, que no obstante la excelencia de la institución, es poco utilizada por los jueces, por lo que no podemos decir que sus bondades hayan sido comprobadas.

(30) Barrios de Angelis, D., *El proceso civil*, Montevideo, 1990, vol II, p. 40

Reiteramos que la conciliación prejurisdiccional ha sido utilizada en diferentes experiencias en nuestra realidad provincial cordobesa y también con distintos resultados. Así, por ejemplo, sucedió con la ley de procedimiento laboral de Córdoba 4163 que se reitera en su actual regulación de la ley 7987. También en forma, más recientemente ha sido incluida como etapa prejurisdiccional, al principio en forma ilimitada para todos los casos, y posteriormente, reduciéndola sólo para algunos, de acuerdo a lo normado por la ley 7676 de organización y procedimiento para el fuero de familia en la ciudad de Córdoba capital. Esta tarea es operada por los asesores de familia quienes han obtenido no obstante las carencias existentes en la organización judicial, numerosos acuerdos. Además del éxito obtenido, han cumplido una función docente y pacificadora de trascendencia en esta instancia preventiva. Pensamos que este mecanismo resultaría idóneo para la solución de conflictos vecinales que se caracterizan por estar cargados de una alta dosis de emotividad. En efecto, la intervención de un funcionario público dotado de facultades que informa al justiciable sobre sus derechos y obligaciones, hace que éstos, generalmente, los acepten, tomen esos argumentos y los hagan propios. Por ello la instancia de la conciliación se nos presenta como un instrumento de la cultura cívica.

7. Negociación

7.1. Concepto y caracteres

La negociación constituye uno de los medios alternativos para resolver una controversia y es una de las formas más idóneas para que las partes puedan por sí mismas llegar a un acuerdo.

La negociación es un proceso voluntario, prevalentemente informal, no pautado ni estructurado, a través del cual las partes llegan a un acuerdo beneficioso para ambas [31].

(31) Es un concepto descriptivo elaborado a partir de la noción explicitada por Highton, Elena I y Alvarez Gladys S , en su obra *Mediación para resolver conflictos*, Ad-Hoc, Bs. As., p. 191 Otros definen la negociación como "*un medio básico de conseguir lo que Ud. necesita de otras personas*", o "*un proceso de comunicación de ida y vuelta con el propósito de llegar a una decisión conjunta*" o "*como un proceso de interacción potencialmente oportunista en el cual dos o más partes con alg... intereses en conflicto buscan estar mejor, mediante una acción decidida conjuntamente que lo que pod... estar si obraran de otro modo*", Conceptos tomados de Fischer Roger, Ury William y Patton, Bru... Gettinng to Yes - Negotiating an Agreement Without Giv.b second edition, Century Business, London. 1992, p 33 (cit por Bianchi, Roberto A , *Mediación prejudicialidad y conciliación*, Zavalía, Bs. As., 1996, p 26)

Genera un proceso de comunicación entre los sujetos, realizado en forma directa, es decir, sin la intervención de un tercero, como en el caso de la mediación o conciliación. Así los propios involucrados el control de su desarrollo y los términos del conflicto. Por ello, la negociación funciona como un impedimento para que el desacuerdo se transforme en una disputa, en tanto y en cuanto se mantenga activo el mecanismo de comunicación.

La base de la negociación es el diálogo, que permite que ambas partes encuentren en forma fluida una salida consensuada. Si los sujetos involucrados carecieran de diálogo esta forma alternativa fracasa ya que es imposible que cumpla sus fines

A veces, la negociación no culmina con un acuerdo sino que transforma una disputa en un conflicto soluble. Ello implica que se podría completar el tramo que aún deben transitar las partes hasta poder llegar al acuerdo, a través de otras formas alternativas de resolución de conflictos: mediación y conciliación.

La negociación se presenta así como el principio de una comunicación o de una concertación, que en el supuesto de fracasar o de llegar a una situación de inamovilidad o de estancamiento, puede continuarse de acuerdo a otros medios que reúnan las características o propiedades necesarias en orden al conflicto planteado.

El objetivo de la negociación no puede ser alcanzado por la actuación de una sola de las partes, sino que deben intervenir necesariamente todos los afectados. Se requiere casi con exclusividad, la interacción de los sujetos involucrados.

El éxito de la negociación depende de distintos factores que inciden en ella. Así influirá, por ejemplo, la proximidad con los propósitos de los clientes, la materia de que se trate y la personalidad de las partes.

Cuando se inicia la negociación los sujetos intervinientes deben realizar un análisis de la situación o de los problemas que presentan las partes Durante su transcurso se verifica una suerte de intercambio de información, hasta llegar a concesiones recíprocas que se formalizan en un acuerdo.

CAPÍTULO XXII

Medidas cautelares

Sumario: 1. Introducción. 2. Concepto y regulación legal. 3. Requisitos de admisibilidad. 4. Caracteres. 5. Procedencia. 6. Medidas cautelares específicas. 6.1. Medidas cautelares en el proceso civil. 7. Cautelares en el proceso de familia. 7.1. Alimentos. 7.2. Guarda y régimen de visitas. 7.3. Violencia familiar. 8. Medidas cautelares específicas en el proceso penal. 8.1. Medidas de coerción en particular.

1. Introducción

A partir de su elaboración científica, el derecho procesal procura la profundización en temas fundamentales para el propio derecho procesal y también para la teoría general del proceso. A este efecto se intenta determinar cuáles de sus instituciones presentan rasgos o elementos comunes en los diferentes sectores de aplicación y también identificar en su caso, puntos de confluencia y establecer sus diferencias.

La teoría general del proceso inicialmente se limitó al tratamiento de algunos pocos conceptos considerados de trascendencia para el derecho procesal; pero poco a poco se van ampliando sus horizontes y se advierte que su estudio no debe limitarse al análisis del proceso como estructura técnico jurídica y el estudio de los poderes de realización (acción-jurisdicción-excepción) sino que su alcance es necesariamente mayor. Así se advierte que debe abordar el análisis profundizado de otros tópicos.

De esta manera comienza la tarea a fin de determinar si existen conceptos comunes y elementos válidos posibles de aplicar en las

diferentes ramas del derecho procesal y en su caso especificar cuáles y fijar sus límites. Así, modernamente se concluye que la teoría general es más amplia y debe incluir el análisis sistemático del proceso, de la acción, de la jurisdicción y la defensa pero también de la teoría de los actos procesales, de la prueba, de la actividad decisoria, de la impugnativa y de las medidas cautelares, sin perjuicio de otros temas que serán advertidos como comunes a consecuencia de la tarea de investigación que realiza la doctrina de los autores

Por ello es posible sostener modernamente que es válido el tratamiento científico unificado de los problemas procesales, y las contraposiciones que se manifiestan entre algunas de sus regulaciones resultan solamente de la diversa índole de los intereses protegidos en cada caso. De manera tal que estos conceptos básicos comunes del derecho procesal pueden ser expresados en una unidad esencial comprensiva de todos o casi todos sus elementos y, simultáneamente, resulta compatible con la existencia de varios y diferenciados sectores.

Debe advertirse, sin embargo, que esta unidad no debe sobrepasar sus propios límites y en tal sentido debe atenderse especialmente a la coordinación de los principios que la rigen y a la eventual identidad temática normativa.

Abordamos en este capítulo la "Teoría general de las medidas cautelares" afirmando que también en lo precautorio puede lograrse una identidad conceptual, de requisitos, de elementos y de caracteres; complementariamente, analizaremos el porqué de las diferencias que ofrecen y en este tema las diferentes ramas y que generalmente atiende a la especial naturaleza del derecho que se pretende defender y asegurar.

En primer lugar consideramos necesario recordar la ubicación sistemática que de los procedimientos cautelares que efectuamos cuando clasificamos los procesos (*supra* t. I, p. 281).

En tal sentido recuérdese que el proceso judicial es un ente abstracto que cobra vida en la actividad judicial a través de los procedimientos. Estos pueden clasificarse teniendo en cuenta diferentes criterios; cuando sostiene el que se refiere a la naturaleza de la pretensión, se los clasifica en procesos de conocimiento, de ejecución y cautelares, cada uno de ellos con su propia y diferenciada idiosincrasia. Los de conocimientos o declarativos con trámites amplios que tienden a la declaración o constitución de un derecho o a la condena de obligaciones de dar, hacer o no hacer.

[illegible] son tratados por la [illegible] en tanto que los procedimientos [illegible] y son accesorios o dependientes de un juicio principal [illegible] Esta situación planteada desde la perspectiva [illegible] presenta una esquematización similar en el campo del pro[illegible] y de familia ya que en ellos las precautorias se present[illegible] de un trámite principal y tienen carácter y requisitos [illegible]

2. Concepto y regulación legal

Se ha dicho acertadamente, que *"los derechos, si no van acomp[illegible] un mecanismo procesal para hacerlos valer, poca virtualidad práctica desp[illegible] situación cuestiona el principio de tutela judicial efectiva"* (1).

Es que su reconocimiento judicial insume algún tiemp[illegible] más o menos extenso atendiendo a circunstancias tal[illegible] complejidad de la causa o la naturaleza de la norma que se pr[illegible] actuar En tal sentido la ley y el juez deben garantizar un equilibrio [illegible] para el respeto de los valores seguridad y celeridad.

El fundamento de la institución cautelar está dirigido ta[illegible] protección del interés privado del solicitante como al interés p[illegible] general que requiere que los fallos sean cumplidos y reciban [illegible] acatamiento Por ello y con el fin de ocasionar los menore[illegible] posibles al deudor, generalmente se requiere contracautela [illegible] sentido el tribunal al ordenarlos debe tener en cuenta simult[illegible] el interés en la seguridad de la medida y el daño que con ell[illegible] ocasionar Por ello es importante el manejo prudente y ade[illegible] parte de los jueces al conjugar los elementos para su otorg[illegible] Podetti señala que un ordenamiento desmesurado de la pr[illegible] puede convertirla en una formidable arma de presión para inm[illegible] adversario y forzarlo a transacciones inicuas (2).

(1) Kielmanovich, Jorge, "Medidas cautelares en el proceso de familia", L.L. [illegible]

(2) Podetti, Ramiro J., *Tratado de las medidas cautelares*, Ediar, Bs. As. 1969 ps. 16 y 17

Las medidas cautelares se manifiestan como instrumentos idóneos ante la necesidad de otorgar una tutela adecuada que puede recaer sobre personas, bienes o elementos probatorios durante el tiempo que transcurre entre la iniciación del trámite y el dictado de la sentencia; y en otros casos se pretende asegurar la consecución de los fines del proceso.

En el ámbito civil han sido definidas como aquellas que tienden a impedir que el derecho cuya actuación se pretende, pierda virtualidad o eficacia durante el tiempo que transcurre entre demanda y sentencia [3].

Con mayor amplitud conceptual se ha señalado que son resoluciones jurisdiccionales provisionales, que se dictan *in audita parte* o con trámite sumario o de conocimiento limitado, con el fin de evitar el menoscabo inminente de derechos personales o patrimoniales [4].

En primer lugar debe destacarse su característica de "judicialidad"; en efecto, se trata de resoluciones del órgano jurisdiccional ya que sólo éste puede ordenarlas, sea de oficio o sea a instancia de parte interesada.

Por otra parte, las medidas cautelares generalmente se despachan *in audita parte*, lo cual significa sin previo oír o escuchar al afectado. Como se ve, esta forma de ordenamiento implica un apartamiento de las reglas de comunicación impuestas por los códigos formales. Pero se trata de una excepción que encuentra su fundamento en asegurar la efectividad de la medida. Piénsese, por ejemplo, que ante una orden de embargo sobre bienes si se notifica previamente al demandado, éste podría ocultarlos o frustrar de otra manera la medida. Sin embargo, esta forma de diligenciamiento excepcional no viola las reglas del contradictorio, ni vulnera el derecho de defensa del demandado. En efecto, ello es así ya que una vez trabada la precautoria, deben instrumentarse los medios a [illegible] que sea efectivamente notificada al afectado. En realidad, se produce [illegible] diferimiento de la noticia (art. 156 C.P.C.).

[illegible] al procedimiento, a veces basta con la enunciación clara y [illegible] los hechos, que se formula en escrito de petición y en otras [illegible] se requiere la realización de un trámite breve para efectivizar la [illegible] por objeto suministrar al juez elementos necesarios al efecto.

(3) Con[illegible] Enrique, *Manual de derecho procesal civil*, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1968, t. II, ps. 271 [illegible]

(4) Confr. Col[illegible] Carlos J., *Código de Procedimiento Civil y Comercial. Anotado y comentado*, Abeledo Perrot, Bs. As., t. I, p. 706

[illegible] objeto genéricamente, consiste en asegurar la eficac[illegible] [illegible] a dictar y los fines del proceso judicial significa un ant[illegible] [illegible] de la garantía jurisdiccional.

Las medidas precautorias pueden recaer sobre personas, bienes [illegible] elementos probatorios y, en general, encuentran fundamento en el [illegible] [illegible] privado de tales elementos en el momento que resulten necesa[illegible]

En tal sentido debe señalarse que las que tienden a asegurar b[illegible] [illegible] más propias del proceso civil y laboral; en tanto que en el ámb[illegible] [illegible] se dirigen a la protección o aseguramiento de pers[illegible] [illegible] estricto de tutela o para garantizar el cumplimiento d[illegible] [illegible] proceso [illegible]

[illegible] de los códigos coinciden en la forma de regulación d[illegible] [illegible] en el nombre que se les adjudica, en su ubica[illegible] [illegible] y en el catálogo de las que deben preverse.

[illegible] denominación de "medidas cautelares" es aceptada po[illegible] [illegible] y por la legislación y también que es correcto incluir previo [illegible] particularizado un capítulo general que contenga disposic[illegible] [illegible] a todas, sin perjuicio de la regulación específica [illegible] [illegible] para cada una.

[illegible] autonomía institucional ya no es discutida y por ello se les reco[illegible] [illegible] objeto y caracteres propios. Por eso resulta adecuad[illegible] [illegible] en un capítulo independiente al de los procesos declarat[illegible] [illegible] ejecutivos a los cuales sirven y de los cuales son instrumento. [illegible]

Este ha sido el de tratamiento en la nueva ley procesal civil cordo[illegible] en la que se regula en primer lugar: las disposiciones generales comu[illegible] todas y a continuación se establece en forma especifica las dispos[illegible] para cada medida en particular.

En el proceso penal en cambio, son denominadas como *me[illegible] coerción* e implican en general restricción al ejercicio de d[illegible] personales o patrimoniales del imputado o de terceras pers[illegible] imponen durante el curso del proceso y tiende a garantizar el [illegible] sus fines, esto es el descubrimiento de la verdad y la actua[illegible] ley sustantiva en el caso concreto [5].

(5) Cafferata Nores, José I., *Medidas de coerción en el nuevo Código Procesal Penal de la Nación*, Depalma, Bs. As., 1992, p. 3

Cabe señalar que en el C.P.P. son tratadas en el Título VII del Capítulo X bajo la denominación de "Coerción personal", previendo disposiciones de carácter general en el Capítulo I y en el Capítulo II las desarrolla discriminando las diferentes hipótesis que se pueden presentar, además de otras disposiciones que se encuentran diseminadas en diferentes normas a lo largo de su articulado y que generalmente son medidas de carácter complementario.

La finalidad de las cautelares en este ámbito puede sintetizarse en: 1) evitar que el imputado obstaculice la investigación de la verdad aprovechando su libertad para borrar las distintas huellas del delito, sobornar o intimidar a testigos, o concertarse con sus cómplices; 2) asegurar la intervención personal del imputado en proceso penal, y evitar su fuga u ocultación de su persona que impediría el normal desarrollo del juicio y 3) también asegurar el efectivo cumplimiento de la posible condena de prisión o reclusión que se puede imponer [6].

En el procedimiento familiar las cautelares procuren la protección de la familia en su integridad. Pueden ser de carácter pecuniario también y muy especialmente personales. Ello permite distinguir entre cautelares que resguardan personas y aquellas que protegen bienes. Las primeras tienden a asegurar no sólo al individuo, integrante del grupo familiar; sino también a la comunidad familiar; en tal sentido tutelan sus relaciones internas y en algunos casos las referidas a terceros (por ejemplo, protección de personas, atribución del hogar, exclusión de uno de los cónyuges, guarda de los hijos, etcétera) [7].

En cuanto a los bienes objeto de tutela, pueden referirse tanto a los que integran el patrimonio familiar como a los de cada integrante del grupo.

En el ámbito del procedimiento laboral se utilizan las medidas cautelares sobre bienes previstos en el C.P.C.. En tal sentido este ordenamiento legal es ley supletoria y el art. 84 de la ley 7987 (Código Procesal Laboral) así lo dice expresamente.

(6) Cafferata Nores, ob. cit. ps. 11 y 12

(7) Bertoldi de Fourcade, M. y Ferreyra de de la Rúa Angelina, *Régimen procesal del fuero de familia*, Depalma Bs. As. 1999 ps. 378 y 379

3 Requisitos de admisibilidad

La pretensión cautelar para su admisión está condicionada a la concurrencia de ciertos recaudos. Así, formalmente se impone que el escrito de solicitud exprese el derecho que se pretende asegurar; la medida que se pide, la disposición legal en que se funda y el cumplimiento de los requisitos que correspondan en particular a la medida requerida (art. 456 C.P.C. y art. 195 C.P.N.).

Son estas las condiciones de procedencia de las medidas cautelares y como se advierte, la norma comporta una especificación de lo que técnicamente debe expresarse en este tipo de peticiones [8]. Cabe advertir, sin embargo, que el derecho podrá no invocarse explícitamente ya que rige el principio *iura novit curia*.

Las medidas cautelares, además, requieren la acreditación de algunos presupuestos que hacen a la fundabilidad de la pretensión [9]. Tales son: la verosimilitud del derecho (*fumus bonis juris*) el peligro en la demora (*periculum in mora*) y el otorgamiento de contracautela.

La verosimilitud del derecho significa la aparente atendibilidad del derecho o la acreditación de la probabilidad de su existencia.

La verosimilitud en este caso debe referirse a la posibilidad de que el derecho exista y no como una realidad efectiva la que sólo se alcanzará al concluir el trámite principal [10].

Para su demostración a veces es suficiente la mera invocación o alegación de las circunstancias fácticas; en otros casos, es necesario la aportación de elementos probatorios, lo que puede efectivizarse en el propio escrito de solicitud o a través de un trámite de naturaleza sumaria. Es decir que en algunas oportunidades basta la enunciación clara, lógica y coherente de la petición; en otras, este requisito se presume por la calidad del solicitante o por las circunstancias fácticas del caso planteado; por último, en otros se torna necesario que además se aporten elementos probatorios indispensables para formar la convicción del juez para la admisión de la cautelar.

(8) Conf. Palacio, Lino Enrique y Alvarado Velloso Adolfo *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, Rubinzal Culzoni Santa Fe, 1990, t. 5, p. 3.

(9) Conf. Palacio y Alvarado Velloso, ob. cit., t. 5 p. 322

(10) Bertoldi de Fourcade M. y Ferreyra de de la Rúa, ob. cit., p. 397

La demostración de la verosimilitud del derecho, por sí sola no alcanza, y quien solicita la protección debe acreditar también el peligro en la demora. Este último puede concretarse mediante una simple manifestación ante el tribunal de "el estado de peligro en que se encuentra el derecho principal", o de la urgencia esto es la posibilidad de que la actuación normal del derecho llegará tarde.

Es dable advertir entonces que la verosimilitud del derecho y el peligro en la demora constituyen requisitos específicos de fundabilidad de las pretensiones cautelares y tienden a impedir que la tutela jurídica definitiva que el actor aguarda de la sentencia a pronunciarse en el proceso principal pueda frustrarse. Esto es que, a raíz del transcurso del tiempo, los efectos del fallo final resulten prácticamente inoperantes [11].

El tercer requisito es el otorgamiento de la contracautela que se requiere con el fin de garantizar la igualdad entre las partes. Esta se materializa con el otorgamiento de caución real, personal o juratoria que garantiza a la parte contraria el eventual resarcimiento por los daños y perjuicios que la medida le pudiere ocasionar.

Los requisitos de fundabilidad en su funcionamiento general deben ser apreciados en forma armónica por el tribunal. Por tal motivo son objeto de un tratamiento diferenciado según sea la cautelar que se solicita y también teniendo en cuenta las circunstancias específicas de cada caso.

En tal sentido la ley no siempre requiere la concurrencia de los tres requisitos para el despacho de la cautelar sino que a veces basta sólo alguna y deben ser analizados de una manera racional; ello dependerá de la previsión normativa y del buen criterio de apreciación judicial. Así, por ejemplo, cuando se trate de cautelares sobre bienes, mientras mayor sea la atendibilidad en el derecho invocado menor será el requerimiento de contracautela

Además, debe destacarse que en ciertas hipótesis la ley exime al peticionante del otorgamiento de contracautela. Ello sucede por ejemplo cuando la acción principal se basa en un título ejecutivo judicial o extrajudicial. Así, el embargo "ejecutivo" o "ejecutorio" pueden ser ordenados sin fianza por la presunción de eficacia que la ley adjudica al documento base de la acción (art. 469 inc. 1 C.P.C.).

(11) Conf Palacio y Alvarado Velloso, ob cit., p. 38

La contracautela es exigida casi exclusivamente cuando se trata de medidas cautelares relativas a bienes; así en el embargo preventivo (arts. 459 y 461 C.P.C.) o cuando el demandado solicita embargo sobre bienes del actor (art. 468 C.P.C.). Por otra parte, atendiendo a circunstancias especiales, el sistema legal exime a ciertos solicitantes de otorgar contracautela atendiendo a diferentes circunstancias: así, por ejemplo, a las calidades personales del solicitante, v.gr. cuando se trata del Estado nacional, provincial y municipal o entes oficiales autárquicos casos en los que se presume su solvencia; cuando se trate del socio o comunero (art. 469 C.P.C.), también a quien litigue amparado por beneficios de litigar sin gastos o asistido por el asesor letrado (art. 460 C.P.C.) .

Se ha objetado que en este último caso la eximición del otorgamien[illegible] de contracautela para quien es considerado "pobre para litigar" coloca[illegible] en desventaja a la contraparte. Sin embargo, discrepamos con tal opini[illegible] Ello no resulta coherente ya que quien es pobre para litigar también [illegible] pobre para ofrecer fianza y muy posiblemente no pueda cumplir con [illegible] requisito. Sin embargo, frente al caso concreto y ante la evidenci[illegible] que quien solicitó la medida no puede otorgar contracautela por falta [illegible] capacidad económica, el juez deberá ser más riguroso en el análisis [illegible] los otros requisitos de procedencia, a la luz de los elementos fáctic[illegible] Deberá en consecuencia exigir mayor fehaciencia en la prueba de [illegible] urgencia de la medida y de la atendibilidad del derecho (verosimilitu[illegible]

Los presupuestos o requisitos analizados, se requieren tamb[illegible] para el despacho de medidas cautelares que se soliciten en los otr[illegible] ámbitos del derecho.

En el proceso familiar es más frecuente que se soliciten medid[illegible] precautorias relativas a las personas involucrada en conflicto aun[illegible] también puedan requerirse respecto a bienes. Las normas legales ma[illegible] referidas a ellos están en la ley sustancial de donde las disposicio[illegible] formales resultan solamente reglamentarias (arts. 231,233,375,1295 C.[illegible]

La probabilidad de existencia del derecho podrá acreditars[illegible] forma sumaria o puede resultar *prima facie* de la simple afirm[illegible] de la parte solicitante. Piénsese que, por ejemplo, en la fijac[illegible] alimentos provisorios, la existencia del derecho a perci[illegible] resultará suficientemente acreditado con la documentac[illegible] probatoria del vínculo existente entre cónyuges (art. 198 C.C.) o entre padres e hijos (art. 265 C.C.).

El peligro en la demora cobra especial relevancia en la materia familiar. "El temor del daño inminente configura el interés jurídico que es la razón de ser de la medida pues sin ésta el daño temido se transformaría en daño sufrido con consecuencias irreparables a la hora de actuación del derecho. Podetti señala que este "peligro requerido" implica interés actual en que se adopte la medida aunque el derecho cuya tutela se pretende aún no sea cierto, al depender de una resolución posterior [12].

La contracautela es requerida en el ámbito familiar sólo excepcionalmente cuando se trata de medidas cautelares patrimoniales

En el ámbito del proceso penal se requieren para el despacho de las denominadas medidas de coerción, los mismos requisitos de fundabilidad aunque su alcance y operatividad funcionan en forma diferente.

La verosimilitud del derecho es requerido por el C.P.P. cuando impone la necesidad de un mínimo de pruebas acerca de la sospecha de la existencia de un hecho delictuoso y de la participación punible del imputado. Debe señalarse en este aspecto que mientras más grave es la restricción a la libertad personal que la medida pueda implicar mayor es la entidad probatoria que se requiere.

La idea central es que el imputado permanezca libre durante el trámite del juicio cuando se estime que en caso de ser condenado ésta será de ejecución condicional ya que es indudable que la libertad locomotiva es un derecho individual que garantiza la C.N. y uno de los pilares del régimen republicano de gobierno. En principio sólo puede privarse de la libertad a una persona como sanción cumpliéndose la condición esencial de "*juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso*" [13]

Estas medidas se muestran con diferenciada intensidad, y generalmente proporcionales a la gravedad del peligro. Para su imposición se consultan tanto pautas objetivas, vinculadas a la gravedad de la posible pena á imponer y a las modalidades de su ejecución, como subjetivas relacionadas a la personalidad del imputado.

También se justifica la privación de la libertad, no obstante la concurrencia de las situaciones que objetivamente soslayan tal

(12) Bertoldi de Fourcade M y Ferreyra de de la Rúa, ob cit., p. 400

(13) Ledesma, Angela, "Medidas de coerción personal en el proceso penal", Revista de Derecho Procesal Bs. As Rubinzal Culzoni Santa Fe p. 355

restricción (condena condicional, pena leve, etcétera) cuando existan motivos para temer, por las características del hecho, conducta precedente o la personalidad del sospechoso, que éste intentará entorpecer la investigación o darse a la fuga. En tales hipótesis no se otorgará la libertad caucionada, ni como exención de prisión, ni como excarcelación (art. 319 C.PP) [14].

La propia ley procesal penal establece en cada caso el diverso grado de exigencia. Así, por ejemplo, la aprehensión policial se autoriza sólo en casos de flagrancia o cuasiflagrancia, es decir, cuando una persona intente cometer un delito, y es sorprendida en ese momento o inmediatamente después; o cuando tengan en su poder objetos que hagan presumir vehementemente que acaba de participar en un hecho delictuoso .

Estas hipótesis coercitivas especiales se autorizan sólo frente al caso de sospechas fundadas de la participación delictiva, del imputado y se requieren "*vehementes indicios de culpabilidad o flagrancia*" [15]

Respecto de la detención, la ley expresamente condiciona esta medida de coerción a la existencia de "sospechas suficientemente motivadas sobre la participación delictiva punible apoyadas en alguna prueba [16].

Por último, para ordenar la *prisión preventiva* se requiere que previamente se haya dictado auto de procesamiento, es decir, que se verifiquen la concurrencia de elementos de convicción suficientes para estimar la participación punible del imputado en el delito que se le atribuye.

"El peligro en la demora o urgencia generalmente se presume. Ello sucede cuando se advierte riesgo que comprometen la consecución de los fines del proceso y a tal fin, se prevén medidas coercitivas enderezadas a neutralizarlos".

4. Caracteres

Los caracteres comunes de las medidas cautelares son la accesoriedad, la provisionalidad y la mutabilidad, sin perjuicio de o[illegible]

(14) Cafferata, ob cit., ps. 13 y 16.

(15) Cafferata, ob cit., p. 15

(16) Cafferata, ob cit., p. 15

específicos que se advierten como complementarios o subsidiarios en casos concretos y que serán oportunamente señalados.

La *accesoriedad* significa que el proceso cautelar carece de autonomía ya que está al servicio de otro principal; esta particularidad subsiste aun ante la eventualidad de que el trámite principal pueda no concretarse por haberse logrado su objetivo con el solo ejercicio de la precautoria. Los procesos cautelares constituyen un accesorio, un instrumento o elemento de otro proceso eventual o hipotético por cuanto, si bien en él se piensa al otorgarse la medida, puede no llegar a existir, sin afectar la eficacia de ésta [17].

Piénsese, por ejemplo, en el caso de un sujeto que está por iniciar demanda por cobro de pesos y antes de ella y por temor del desbaratamiento del derecho solicita un embargo preventivo sobre bienes del demandado. Efectivizada esta medida, el demandado paga lo adeudado y con lo que se torna innecesario iniciar el trámite del juicio principal.

Por otra parte, el trámite cautelar no constituye un fin en sí mismo, ni se agota con su despacho, sino que está ineludiblemente preordenado y teniendo en mira una ulterior resolución definitiva, cuyo resultado práctico asegura preventivamente. Nacen, por decirlo así, al servicio de una providencia definitiva; a tal fin preparan el terreno y aprontan los medios más aptos para su éxito.

La accesoriedad en el proceso civil es tenida en cuenta en diferentes oportunidades. Así, por ejemplo, para establecer reglas de competencia; en efecto para determinar cuál es el tribunal competente para entender en ellas; en tal sentido el art. 7°, inc. 1 estipula que "será tribunal competente para entender en las cautelares el que lo era para la causa principal".

La *provisoriedad* significa que el mantenimiento de la medidas precautorias está condicionado por la vigencia del trámite principal y si desaparecen las circunstancias fácticas y jurídicas que le dieron origen deben cesar también las que fueron ordenadas en base a ellas.

Así, por ejemplo, el C.P.C. establece que "se podrá pedir el levantamiento de las medidas cautelares luego de la cesación de las circunstancias que la determinaron (art. 462 C.P.C.). Por ello es inherente

(17) Podetti ob. cit., p. 34

a la naturaleza de la institución cautelar que las medidas cautelares ordenadas y trabadas subsistan mientras se mantengan las circunstancias fácticas que las motivaron y esto se confirma si se advierte que conforme a las necesidades puedan ser reexaminadas tantas veces como sea necesario si varían las circunstancias existente al momento de su petición.

Confirmando la apreciación precedente, se señala que el rechazo de una medida precautoria no impide recabarla nuevamente, en caso de que se hubiere modificado la situación de hecho o de derecho que la fundara. Es decir, que las alteraciones que existan en el marco referencial que determinó el acogimiento o rechazo de la medida permiten la solicitud de una nueva [18].

Todos los ordenamientos legales presentan en su texto artículos relativos a su *interinidad y mutabilidad*. En general, se admite que puedan ser modificadas por pedido de cualquiera de las partes. Así, por ejemplo, el acreedor podrá solicitar su ampliación o mejora si considera que la forma en que fue efectivizada no cumple adecuadamente con la función de garantía a que estaba destinada. También puede ser ordenado su levantamiento, su sustitución o su cambio a pedido del deudor si éste propone otra que estime más conveniente y en tanto ello no perjudique los intereses del acreedor (art. 463 C.P.C.). Por ejemplo, el embargo puede ser ampliado, reducido o sustituido. También se reconoce en la ley la posibilidad de que el deudor ofrezca variar los bienes objeto de la medida; por otra parte se faculta al tribunal para ordenar la ampliación del embargo en caso de que los bienes fueran de dudosa suficiencia o en él supuesto que se hubiere deducido tercería. A su vez, podría el demandado solicitar su reducción o el deudor o el tercerista podrían solicitar cambios si se sienten perjudicados, siempre que ofrezcan al efecto otros bienes que sean suficientes.

Estos caracteres de interinidad y mutabilidad también se advierten con mucho mayor énfasis en la cautelares que se ordenen en el procedimiento familiar.

Cabe señalar, por último, que la resolución que admite la procedencia de las medidas cautelares no causa estado; esto es produce el ef...

(18) Conf. De Lázzari, Eduardo, *Medidas cautelares*, Platense, La Plata, 1984, p. 1

cosa juzgada formal, y puede ser modificada o dejada sin efecto según lo aconsejen ulteriores circunstancias [19].

En el ámbito del proceso penal también se señala su característica de provisional, toda vez que sólo pueda durar el tiempo necesario para tutelar los fines procesales en peligro. Una vez superados, cesa. Esta provisionalidad es la que también permite su sustitución a pedido de parte o de oficio [20].

También se señala como característica especial en este ámbito: la necesidad de su *proporcionalidad* y que para su aplicación debe ser interpretada en forma *restrictiva*.

La *proporcionalidad* tiende a evitar la injusticia del ejercicio de la coerción personal más allá de la amenaza o de la sanción penal que concretamente correspondiera. De ahí que los códigos procesales excluyen la privación de la libertad durante la sustantación del proceso, cuando la condena que se pronostique sea de ejecución condicional [21].

Por otra parte se señala su *excepcionalidad* ya que la coerción personal no constituye la regla y procede dentro de los límites absolutamente indispensables para conseguir su objetivo.

En materia familiar lo provisorio de la cautelar se acentúa pues resultan provisorias muchas decisiones conforme a previsiones del C C.. En efecto, piénsese en la cuota alimentaria inicial fijada en el trámite del juicio de divorcio o de filiación que necesariamente será ajustado y adaptado al terminar el juicio de alimentos; la asignación de guarda de un menor o su régimen de visitas pueden ser cambiados o ajustados tantas veces como las circunstancias y el interés del menor así lo aconsejen. Como se advierte, en esta materia las decisiones aunque sean consideradas definitivas, sólo lo son cuando ponen fin al procedimiento de que se trata y componen la litis pero no hacen cosa juzgada material. En estas resoluciones se agrega como característica especial la *"flexibilidad"*. Esto porque en el orden familiar se admite con

(19) Conf. Novellino Norberto, *Embargo, desembargo y demás medidas cautelares*, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1979, ps. 62 y 63

(20) Ledesma, ob. cit., p. 353

(21) Ledesma, ob. cit., p. 350

mayor amplitud la medida cautelar innominada. Su fijación importa un doble esfuerzo por parte del órgano jurisdiccional: flexibilización en la amplitud para interpretar sus requisitos de admisibilidad y flexibilidad para utilizar la analogía y ordenarlas de la forma que considere más aptas o idóneas para el cumplimiento de sus fines.

5. Procedencia

Las medidas cautelares pueden solicitarse en el proceso civil y familiar en el escrito inicial, durante el trámite del juicio o también en algunos casos, antes de su iniciación como actividad preparatoria (arts. 456 C.P.C. y 195 C.P.N.).

Cuando se ordenan antes de la iniciación del juicio y la medida es una cautelar que afecta bienes, estarán sujetas a caducidad. Es decir que el embargante está sometido al cumplimiento de la carga procesal de entablar la demanda dentro del plazo establecido por la ley. Caso contrario se producirá el decaimiento de la orden y deberá responder por los daños y perjuicios que ella provocó (arts. 456,465 y 466 Código Procesal de Córdoba).

En el ámbito familiar también se autoriza su traba antes de entablar demanda. En efecto el art. 231 C.C. establece que "Deducida la acción de separación personal o divorcio vincular, *o antes de ello en casos de urgencia*, podrá el juez decidir si algunos de los cónyuges debe retirarse del hogar conyugal, o ser reintegrado a el, determinar a quien corresponda la guarda de los hijos y fijar los alimentos que deban prestarse al cónyuge o a los hijos...". Por su parte, el art. 233 autoriza a ordenar medidas de seguridad idóneas a fin de evitar que la administración o disposición de los bienes por uno de los cónyuges pueda desbaratar derechos patrimoniales del otro...".

En general, la forma de tramitación prevista no resulta compleja ni rígidamente estructurada; por el contrario, en general, las leyes sólo dan pautas generales y facultan al juez para que instrumenten la forma para el despacho de medidas precautorias. Esto es, será el órgano jurisdiccional quien determinará cuál será el procedimiento que estime que resultará más ágil e idóneo y conveniente para su diligenciamiento. Se advierte que la ley, acertadamente, ha dejado librado al criterio judicial la facultad de señalar el procedimiento más adecuado para las circunstancias; así será el órgano judicial entonces quien dispondrá si la ordena *in audita parte* o con algún conocimiento sumario y la forma en que valorara los requisitos (arts. 456, 458, y 457 C.P.C).

6. Medidas cautelares específicas

6.1. En el proceso civil

Los códigos modernos, en general, legislan adecuadamente y en forma completa las medidas cautelares referidas a bienes, estableciendo en un capítulo especial reglas comunes a todas ellas con el título de "Disposiciones generales" y luego legisla a cada precautoria en particular. Por último, también se incorpora en su articulado la medida cautelar innominada que importa una mayor amplitud y flexibilización en el régimen de la cautelar. Esta expresión tiene un doble alcance: el primer sentido se refiere a la mayor liberalización en los requisitos de admisibilidad. Pero además, se admiten medidas cautelares no enumeradas por lo que el afectado podrá solicitar y el órgano judicial ordenar las que según las circunstancias sean las más idóneas o adecuadas para asegurar provisionalmente el cumplimiento de la sentencia (art. 484 C.P.C.).

6.1.1. Embargo y secuestro

El embargo es la afectación o individualización de un bien del deudor al pago del crédito cuestionado [22].

La medida de embargo impone obligaciones pero no impide el uso racional del bien cuando fue el propio deudor quien resultó designado depositario.

También debe advertirse que la afectación que implica el embargo no impide que el objeto pueda ser enajenado con autorización judicial a condición de que se comunique fehacientemente al adquiriente su nueva situación jurídica y éste asuma el compromiso que genera la situación. En este sentido el embargo recaerá sobre el precio de venta del bien o el gravamen seguirá afectando al bien ya que lo que se procura es el pago del crédito. En este aspecto deben advertirse ciertos puntos de diferencias que sí presenta respecto del embargo. En efecto, si como dijimos es designado depositario el propio deudor, éste puede usarlo racionalmente, salvo expresa disposición del juez en sentido contrario. Si por el contrario,

(22) Conf. Alsina Hugo, *Derecho procesal civil*, Ediar, Bs. As., 1996, t. V, p. 62

el depositario es un tercero le está vedado su uso y además deberá conservar al bien en condiciones hasta el momento de la subasta.

Doctrinariamente se distinguen tres modalidades de embargo: el preventivo, el ejecutivo y el ejecutorio. El preventivo es el que se traba antes de la iniciación del juicio o durante el trámite del juicio ordinario o abreviado. Para su despacho, en nuestro sistema legal se requiere solamente el otorgamiento de contracautela (art. 466 C.P.C.). No resulta necesario en consecuencia acreditar la verosimilitud del derecho ni la urgencia, ya que el primero es suplido por la caución y el peligro se presume.

Cuando el embargo es trabado antes de la demanda rige un plazo de caducidad y pesa sobre el embargante la carga de entablar demanda en el término de 10 días; si así no lo hace deberá responder por las costas y daños y perjuicios que hubiere ocasionado (art. 465 C.P.C.).

El embargo ejecutivo es el que se ordena juntamente con la demand ejecutiva y que, como se funda en un título que goza de presunción autenticidad, no requiere demostración de la verosimilitud del derech tampoco deberá prestarse fianza (art. 526 C.P.C.). Por su parte, el ejecut es el embargo que se traba después de la sentencia con miras a su ejecuc

El código contiene una regulación minuciosa del embargo prever y del ejecutivo, estableciendo la modalidad del trámite y sus for especiales de efectivización.

Si el objeto de la medida son bienes muebles el oficio deberá dirigir al funcionario habilitado (oficial de justicia o juez de paz) y en su caso solicitud de parte se autorizará expresamente al diligenciante a utilizar fuerza pública o allanar domicilio a los fines del mejor cumplimiento de cometido (art. 434 C.P.C.).

La designación de depositario generalmente se efectúa prefiri al demandado o a alguna otra persona perteneciente a su domicilio esto no fuera posible, la designación recaerá sobre un tercero deberá aceptar el cargo de depositario previo juramento de ley (ar C.P.C.). Como se ve, el depositario se presenta así como un su guardador y conservador de la cosa con diferentes faculta obligaciones según sea o no propietario del bien embargado; y en última hipótesis su obligación es mantener la cosa en condicio seguridad adecuadas a los fines de que no se deteriore dismin de esta manera la garantía para el acreedor.

Para el supuesto de que el embargo se ordene sobre bienes inmuebles o muebles registrable, el oficio deberá dirigirse a las reparticiones públicas respectivas y se efectivizará previo informe sobre dominio y gravámenes

(arts. 532 y 539 C.P.C.). Si se solicita sobre créditos bastará una notificación el tenedor con orden de depósito del monto en una entidad bancaria a la orden del tribunal (art. 536 C.P.C.)

El embargo es la cautelar en la que más notoriamente se advierte su carácter de "mutable". Así, el Código prevé la posibilidad de cambio de depositario si se teme el deterioro o degradación de bien embargado; la ampliación a solicitud del acreedor, cuando los bienes sean insuficientes o de dudosa realización; su reducción, a solicitud del demandado, cuando los bienes puedan exceder lo necesario; también se prevé la sustitución, a solicitud del deudor, siempre que no recayera sobre bienes objeto del pleito o afectados con privilegio.

En forma simultánea el Código regula el secuestro, que consiste en el depósito que se hace de una cosa litigiosa en poder de un tercero, hasta que decida a quién pertenece [23] y que nuestro sistema tiene por fin la conservación de la cosa hasta la oportunidad de la subasta.

El secuestro consiste en una medida cautelar en virtud de la cual se desapodera al demandado de un objeto de su propiedad, o que se encuentra bajo su guarda, con el fin de evitar que éste se pierda o que pueda ser destruido o deteriorado. No obstante, el depósito de los bienes embargados en persona distinta del deudor se asemeja al secuestro [24].

6.1.2. Inhibición general de bienes

En sentido procesal estricto, la inhibición general de bienes ha sido definida como la medida cautelar que impide genéricamente gravar o enajenar bienes registrables. Su anotación en los asientos dominiales, tiene como objeto evitar actos de disposición o la constitución de derechos reales [25]. Esta cautelar funciona como subsidiario del embargo y procede en los casos en que habiéndose solicitado éste, la medida no pudo hacerse efectiva por no conocerse bienes del deudor o porque los que existen son insuficientes. Una vez anotada la inhibición sólo quedará sin efecto si el deudor presentase bienes suficientes o, en su caso, diere fianza o caución suficiente. Por ello

(23) Podetti, ob. cit., p. 272

(24) Falcón Enrique, "Medidas cautelares", Revista de Derecho Procesal, Rubinzal Culzoni, Santa Fe 1998, p. 85

(25) De Lázzari ob. cit., p. 517

funciona operativamente inmovilizando el patrimonio del afectado de forma tal que si ingresaran bienes éstos quedarán atrapados por la medida y en consecuencia no podrán venderse. Es necesario señalar que constituye una institución de naturaleza personal ya que la inhibición, si bien afecta los bienes del cautelado, en realidad lo hace de un modo reflejo, ya que se dirige a la persona y no al patrimonio del deudor.

La inhibición general de bienes, y el embargo resultan cautelares emparentadas ya que tienen idénticos fundamentos, persiguen los mismos fines y en consecuencia son precedidas de los mismos requisitos o condiciones de procedencia. Su tramitación se efectúa mediante el libramiento de oficios que ordenan anotaciones en los registros.

6.1.3. Anotación de litis

Denomínase anotación de litis a la medida cautelar que tiene po[r] objeto asegurar la publicidad de los procesos relativos a bienes inmueble[s] o muebles registrables, con el fin de que las sentencias que sobre e[l] recaigan puedan de ser opuestos a terceros adquirientes del bien litigio[so] o a cuyo favor se constituyó el derecho real sobre éste [26].

Se trata de una medida cuya finalidad es hacer conocer la existen[cia] de un juicio que afecta al bien pero no impide su enajenación, ni produc[e] los efectos del embargo o de la inhibición ni restringe las facultades de[l] propietario. Tiende solamente a impedir que futuros adquirentes pueda[n] invocar la presunción de buena fe [27] si resultaren adquirientes del inmueble objeto de la precautoria.

6.1.4. Intervención judicial

La intervención judicial es la medida precautoria que afecta l[a] administración que el propietario realiza de sus propios bienes o negoci[os], limitándola en algún grado para asegurar posibles derechos de terceros [28] en un socio [29]. En la vida judicial la institución, aunque con regula[ción] independiente carece de autonomía ya que se la prevé co[...]

(26) Palacio, Lino Enrique, *Tratado* t. VIII p. 238

(27) Colombo, ob. cit., p. 742

(28) Podetti, ob. cit., p. 303

complementaria de otras (por ejemplo: del embargo). Nuestra ley ritual prevé dos modalidades, el interventor veedor o informante y el recaudador. Ambas son de aplicación restrictiva ya que sólo se ordenan "a falta de otra medida más eficaz" (arts. 476 y 478 C.PC.).

El interventor veedor puede ser designado de oficio por el juez o a petición de parte con el fin de que inspeccione o verifique el estado de los bienes objeto del juicio o, en su caso, vigile las operaciones o actividades que se ejerzan respecto de ellos e informe al tribunal sobre los puntos que en la providencia se establezcan [29]. Por ello, este interventor ejerce una función de control e informe en virtud de encargo judicial.

El interventor recaudador realiza las tareas necesarias a fin de que se garantice al acreedor la percepción de la parte embargada por orden del tribunal.

6.1.5. Prohibición de innovar

La prohibición de innovar es la providencia cautelar que tiende a impedir que se modifique una situación de hecho o de derecho existente en un momento determinado a los fines de mantener la igualdad de partes con intereses contrapuestos.

Como contracara de ella se admite también la medida innovativa que implica una orden tendiente a reponer las cosas a un momento anterior a la iniciación del proceso.

En definitiva, el fin que se persigue es el cambio de la relación originaria, y debe señalarse que su aplicación es subsidiaria, restrictiva y de carácter excepcional [30].

6.1.6. Medida cautelar innominada

La medida cautelar innominada es aquella que puede dictar el juez, conforme a las necesidades del caso cuando no existe en la ley una previsión específica que satisfaga la necesidad de aseguramiento. Constituye una regla importante ya que la realidad cotidiana presenta permanentemente nuevas situaciones y cuestiones a solucionar que no se ajustan en el encuadramiento esquemático de los institutos cautelares típicos.

(29) Podetti ob. cit., p. 342

(30) La procedencia de las medidas cautelares debe apreciarse con criterio amplio, dada la finalidad que persigue con ellas, para evitar la eventual frustración del derecho (CNFed.Civil y Com., Sala II, 9/6/98, "Zapata, Clerio D.") Rev. L.L. 20/8/97, p. 7 Fallo 40 703-S.

Su incorporación hace a la mayor eficiencia del sistema y se encuentran antecedentes en ley de fondo (arts. 232 C.P.N., 231 y 233 C.C.).

Su operatividad implica la ordenación de medidas cautelares distintas de las expresamente previstas en las leyes pero que pueden resultar aptas o idóneas para los fines de aseguramiento perseguidos. Su otorgamiento está condicionado a que no pueda utilizarse otra medida cautelar; que exista temor fundado de perjuicio, y que se trate de medidas de seguridad que resulten más aptas al objeto del juicio.

La admisión de esta medida cautelar genérica implica una doble flexibilización: 1) posibilidad de decretar "medidas atípicas" o "innominadas", diferentes de las identificadas en la ley, 2) flexibilización en la valoración de los requisitos de fundabilidad. El juez, lo ordenará discrecionalmente interpretando en juego armónico es verosimilitud del derecho, el peligro en la demora y la contracautela.

La incorporación de la norma del art. 484 no se limita solamente al dictado de medidas innominadas. También reviste decisiva gravitación en otro orden de consideraciones: el derecho de obtener anticipo jurisdiccional no está limitado estrictamente a las hipótesis expresamente contempladas en la ley, sino que alcanza también para flexibilizar el análisis judicial de los recaudos de fundabilidad requeridos para cada una de las cautelares. Debe poder el tribunal dictar u ordenar precautorias aún cuando no coincidiendo los hechos con la descripción o exigencias que formula el código procesal, sin embargo se invoca y acredita la verosimilitud del derecho y el peligro en la demora o, en su caso, se otorgue suficiente contracautela.

7. Cautelares en el proceso de familia

En el proceso de familia las medidas cautelares exhiben caracteres comunes y rasgos especiales que establecen diferencias respecto del régimen establecido para las cautelares generales. Ello sucede con referencia a sus condiciones de procedencia, a la forma de su tramitación y también en lo que atañe al régimen de caducidad.

En cuanto a sus condiciones de procedencia, por regla general, es necesario acreditar la verosimilitud del derecho y, simultáneamente, el

peligro en la demora: a veces estas circunstancias se presumen en base a los hechos planteados. La contracautela no es requisito para su despacho.

También debe señalarse que en este ámbito se acentúa la característica de mutabilidad y provisionalidad.

En efecto, son esencialmente interinas y mutables, y pueden ser modificadas o dejadas sin efecto tantas veces como resulte necesario, cuando las circunstancias del caso así lo aconsejen. Las cautelares que afectan personas se caracterizan por su inestabilidad y versatilidad. Piénsese, por ejemplo, en la fijación de alimentos, en el otorgamiento de guarda de menores y en la determinación del régimen de visitas que son ordenados en forma experimental y luego ajustadas según la forma en que se desenvuelven. Ello es así puesto que cumplen un fin tuitivo respecto de los menores y deben evaluarse y modificarse tantas veces como lo aconseje su interés.

Por eso se ha dicho que todo lo referente a cuestiones en que se encuentre involucrada la situación de menores de edad, es de resolución provisoria, ya que lo decidido hoy puede no resultar conveniente mañana y, de invocarse razones de entidad suficiente que incidan sobre el interés del menor, dará lugar a transformaciones sustanciales.

En cuanto a la oportunidad para su despacho, pueden ser ordenadas en juicio independiente, antes de la demanda o durante la tramitación de juicio principal. Las leyes procesales no les imponen plazo de caducidad como a las medidas cautelares patrimoniales ya que su establecimiento resultaría contrario a la propia institución familiar y a los valores que pretenden preservarse.

Respecto del procedimiento, es poco frecuente que se despachen *in audita parte* y, generalmente, se realiza algún trámite sumario o verificatorio antes de su despacho. También si la situación fáctica lo aconseja se escucha a la contraria antes de su ordenamiento. Además, pueden resolverse sin estricto sometimiento a todas las reglas procesales ya que encuentran fundamento en el art. 231, primera parte, C.C. y rige por aplicación analógica, el art. 206, segunda parte, de dicho ordenamiento, en lo pertinente [31].

(31) Ferreyra de de la Rúa, Angelina, "Aspectos procesales de la tenencia y del régimen de visitas", Revista de Derecho Procesal, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe t. II, p. 119.

La tarea de los jueces de familia en estos temas se complica por... mapa de las relaciones familiares ha cambiado y no se manifies... solamente a partir de la familia nuclear matrimonial, sino que es frecu... que los problemas se susciten en el seno de familias ensambladas dor... las relaciones de convivencia y sus soluciones resultan más dificultosas.

También porque en la materia familiar rigen pautas jurídicas y legale... en las que a menudo se incluyen criterios tributarios de equidad, ya qu... resuelven problemas humanos distintos tratando de proveer a las nuevas formas de relacionarse sus integrantes. En efecto, el conflicto famili... exige una composición "humana", que no se agota en el estricto marc... de lo jurídico, que si bien le brinda soporte a la decisión y aleja cualquie... atisbo de arbitrariedad, no impide la prevalencia de criterio... esencialmente discrecionales [32].

En el ámbito familiar las cautelares persiguen los fines que hacen a la protección de personas, de las relaciones familiares y también, en algu... casos de los menores; por último, es poco frecuente pero se regulan... que tienden a la tutela de bienes.

Estas precautorias personales sólo requieren las verosimilitud... derecho y la acreditación del peligro en la demora. La contracautela... regla general queda reservada para medidas de carácter patrimonial... las que resultan de aplicación las disposiciones del C.PC. que es... supletoria de la ley del fuero de familia (ley provincial 7676).

Nos referimos concretamente a cautelares que aparecen como p... típicas del conflicto familiar y que presentan un marco referencial espe...

7.1. Alimentos

Esta medida encuentra fundamento en la obligación de prove... medios necesarios para la satisfacción de necesidades urgentes... personas unidas por vínculos de parentesco.

La fijación provisoria de alimentos puede presentarse com... procedimiento autónomo o también como trámite accesorio de otro... principal (v.gr. acciones de, divorcio, de filiación, etcétera).

(32) Ferreyra de de la Rua, , ob. cit., p. 120.

En esta materia lo provisorio propio de todas las cautelares se acentúa. Los alimentos son el prototipo de lo que se denomina como medidas de anticipación de tutela o de lo que en doctrina se conoce como proceso urgente o medida autosatisfactiva [33].

La cuota alimentaria se fija para ser suministrada entre cónyuges, y ascendientes o descendientes según lo determine la ley fondal, y se establece atendiendo a diferentes pautas que debe tener en cuenta el juez.

El concepto de alimentos excede lo alimentario en sentido estricto y comprende la atención de todas las necesidades del menor tales como vivienda, educación, gastos médicos, de escolaridad, de esparcimiento etcétera. El juez valorará al momento de fijarlos otras circunstancias tales como la capacidad económica de cada uno de los padres, la persona que detenta la guarda del menor o la necesidad de atender a necesidades excepcionales. Se procura que con el aporte que efectúan ambos progenitores los menores logren después de la separación de los padres un nivel de vida similar al que disfrutaban antes del divorcio.

En la fijación de cuotas alimentarias, la verosimilitud del derecho resultará acreditada con la sola petición y de los documentos que demuestran el vínculo filiatorio existente entre las partes (partidas de matrimonio, de nacimiento, etcétera). Sin embargo, es necesario arrimar al tribunal otros elementos probatorios que resultaran necesarios para mensurar su monto (v.gr. recibo de sueldo de los padres, presupuestos de gastos de los hijos, etc.).

7.2. Guarda y régimen de visitas

La regla general de solución para el otorgamiento de la guarda, impartida por el Código Civil, expresa que se deberá otorgar la tenencia al progenitor que se considere más idóneo (art. 206 C.C.).

A los fines de otorgarla "el principio general y básico que domina la materia es el siguiente: debe tenerse en cuenta, primordialmente, el interés de los hijos, su conveniencia y su bienestar, y, aun sin descuidar los legítimos

[33] Bertoldi de Fourcade ob. cit., p. 349

[illegible] sobre sus hijos resolverse en función de ese [illegible] [illegible] la esposa puedan alegar prelación, salvo, por [illegible] que a favor de la madre otorga la ley respecto de los hijos [illegible] años" (art. 206 C.C.).

[illegible] que el ejercicio de la custodia de los hijos no ofrece dificultades [illegible] los progenitores conviven, pues ambos ejercen la titularidad de [illegible] parental. Sin embargo, cuando la situación familiar se deteriora [illegible] por la interrupción de la convivencia o por la difícil relación entre [illegible] e hijos, y éstos quedan bajo el cuidado de uno solo de ellos, [illegible] lo que se llama "el desmembramiento de la guarda".

La guarda común entonces implica cohabitación de padres e hijos. La desmembrada supone la atribución de la tenencia a uno de [illegible] y el establecimiento de un régimen de contacto para el otro. A [illegible] derechos correlativos ya que a la par del derecho subjetivo de [illegible], aparece el de los hijos de estar junto a sus padres, o mantener [illegible] contacto, lo que constituye un deber para aquellos.

Sin embargo, el otorgamiento de la guarda judicial a uno de los padres [illegible] implica el cese para el otro del derecho-deber de supervisar la educación [illegible] condiciones de vida referidas a sus hijos menores. Por el contrario, [illegible] situación supone la obligación de vigilancia de las relaciones personales [illegible] los hijos y también la de comunicar al otro cónyuge las situaciones [illegible] puedan resultar perjudiciales para los menores [34].

La jurisprudencia ha diferenciado tenencia provisional y tenencia definitiva, considerando la primera como la que se acuerda en el carácter de medida cautelar (art. 231 C.C.). La segunda aparece regulada como efecto de la separación personal y del divorcio, o conforme al trámite establecido específicamente en la ley ritual.

El objetivo que persigue todo régimen de visitas es estrechar las relaciones familiares y su establecimiento descansa en la necesidad de asegurar la solidaridad familiar y proteger los legítimos afectos que derivan de ese orden de relaciones. Por ello debe ser establecido [illegible]

[34] Ferreyra de de la Rúa, Angelina, "Aspectos procesales de la tenencia y el régimen de visitas", Revista de Derecho Procesal. Derecho Procesal de Familia, Tosco Romano. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2002, p. 119.

modo que contemple tanto el interés de los padres como el de los hijos menores, y aun cuando es al de estos últimos a los que hay que dar preeminencia, debe advertirse que el interés del menor, rectamente entendido, requiere de modo principalísimo que no se desnaturalice la relación con sus padres [35].

En cuanto a la oportunidad, el Código Civil prevé como alternativa que la tenencia o régimen de visitas sean solicitados como medida cautelar o urgente durante el trámite del juicio de separación personal o divorcio vincular o aun antes de su iniciación (art. 231 C.C.).

Es habitual que ante la separación de los padres, los hijos menores permanezcan conviviendo con la madre, quien generalmente ejerce una guarda de hecho desde la ruptura de la pareja. Ello encuentra fundamento en que la mujer es quien, tradicionalmente, ha permanecido más tiempo en el hogar, se ha encargado de las tareas domésticas y de las correspondientes a la educación y cuidado y salud de los hijos.

Además se posibilita que en la traumática situación que los hijos viven se mantengan los afectos referidos a sus actividades habituales: al barrio, los amigos, la escuela, etcétera. Tal solución facilita la adaptación del niño a la nueva situación.

7.3. Violencia familiar

La problemática de la violencia familiar que genera importantes consecuencias sociales es objeto de análisis por los autores de derecho generalmente en abordaje multidisciplinario conjunto con psicólogos, sociólogos, médicos y asistentes sociales.

Como todo tema que alcanza una difusión no científica se confunden muchas veces las causas con los efectos y, en consecuencia, existe una deficiente formulación de las medidas que deben tomar los distintos organismos implicados para su neutralización. En efecto, el tratamiento de los temas correspondientes es abordado desde diversos ángulos también por las reparticiones públicas no judiciales

(35) Ferreyra de de la Rúa ob. cit., p. 127

7.3.1. Atribución del hogar conyugal

La atribución del hogar conyugal es una medida cautelar de carácter mixto que encuentra fundamento en las disposiciones del art. 231 C.C.. El juicio de divorcio supone ruptura de la convivencia y cuando se plantea el conflicto aparece como necesario el cese de la cohabitación entre los cónyuges. El juez de familia entonces es quien dispondrá, a falta de acuerdo entre las partes, la exclusión o reintegro del cónyuge excluido o autoexcluído, mediante el procedimiento que estime idóneo al efecto, ya que la ley no ha fijado reglas específicas. El juzgador examinará los hechos, la urgencia y el peligro acreditado, que son las circunstancias más importantes para determinar si es necesario o no oír a la otra parte o disponer la medida *in audita parte*.

No procede adoptar en esta materia una posición rígida ya que la garantía constitucional de defensa en juicio no aparece conculcada si, por razones de urgencia, se hace lugar a la exclusión *in audita* parte.

La exclusión de uno de los cónyuges puede ser solicitada por el otro como medida cautelar. La ejecución de la decisión implica el retiro voluntario o compulsivo del excluido de la vivienda común. El juez podrá decidir el retiro de un cónyuge del hogar común y correlativamente, el reintegro del que fue arbitrariamente excluido conforme a circunstancias fácticas que se presenten y con independencia del carácter de propio o ganancial que pueda ostentar el inmueble que estaba habitando la familia.

La ley no establece reglas de preferencia al efecto y se tendrán en cuenta elementos personales, patrimoniales y familiares; así se deberán apreciar la capacidad económica, relaciones sociales y laborales del grupo familiar y la posibilidad de alguno de ellos de procurarse otra vivienda.

Estas medidas generalmente se originan ante la existencia de situaciones de agresión o violencia en el ámbito del hogar conyugal. Sin embargo, no todas las formas de violencia en una pareja o contexto familiar justifican su adopción. Cabe señalar por ello que no sólo comprende casos de violencia física sino que abarca los casos de violencia moral o sicológica. Esta última se perfila a partir de ciertas situaciones que antes no eran consideradas como, por ejemplo, actitudes tales como la crítica permanente del cónyuge o de sus ideas, las burlas o el desprestigio, la desautorización frente a los hijos o la crítica de sus familiares, etcétera. Sin embargo, estas situaciones deben ser prolijamente examinadas y no siempre autorizan a que el juez decida la interrupción de la convivencia. Complementario de la exclusión del hogar conyugal la ley nacional de

violencia familiar y también la ley foral cordobesa prevén la posibilidad de proveer "órdenes de protección" [36]. Se trata de medidas temporales que se despachan cuando la urgencia del caso lo justifique y siempre que resulten idóneas para dar solución inmediata al conflicto.

Las órdenes de protección pueden consistir en el desalojo temporario del agresor o al alejamiento de la víctima de la residencia común o la simple comunicación al violento de que deberá abstenerse de concurrir a ciertos lugares, con el fin de evitar el contacto propiciatorio de la violencia. Por ejemplo, abstenerse de concurrir al lugar de trabajo del cónyuge, al establecimiento escolar de los hijos, etcétera.

8. Medidas cautelares específicas en el proceso penal

Las medidas cautelares en el proceso penal se incluyen sin dificultades en el régimen general de las precautorias.

En efecto, presentan los mismos caracteres, persiguen idénticos fines tuitivos y su objeto está destinado a asegurar el cumplimiento de los fines públicos del proceso penal. Por otra parte, para su otorgamiento es necesario que concurran los requisitos de fundabilidad de las cautelares generales.

Sin embargo, también presentan diferencias atento la especial naturaleza del derecho de fondo.

Se las denomina medidas de coerción y pueden afectar a personas o bienes (personales o reales). Se configuran por la restricción que imponen a derechos personales o patrimoniales del individuo sometido a proceso penal. Persiguen asegurar el cumplimiento de los fines del proceso y tornan necesario el empleo de la fuerza pública estatal si fuera indispensable para doblegar la resistencia a su instrumentación.

Su objetivo genéricamente considerado es evitar que el imputado obstaculice la investigación de la verdad, asegurar su intervención personal en el juicio y también garantizar el cumplimiento de la posible condena

(36) Ley nacional 24 427

(37) Chiara Díaz, Carlos, "Las medias de coerción y la garantías del debido proceso", Cuaderno del Departamento de Derecho Procesal y Práctica Prof. N° 6, U N C., Facultad de Derecho y Ciencias Sociales Advocatus, Cba., 2001, p. 27

[illegible] punto de partida debe tenerse en cuenta que el derecho a [illegible] personal de un individuo es un derecho originario, intransmisible [illegible] por el simple hecho del nacimiento del ser humano [illegible] luego, como contrapartida, la Constitución Nacional consagra la potestad represiva del Estado en el art. 18, cuando prescribe [illegible] sus términos, que cualquier habitante de la Nación pueda [illegible] por "juez natural", mediante un juicio previo que se [illegible] en ley anterior al hecho del proceso [38].

Así puede señalarse que la coerción del imputado es legítima cuando [illegible] a hacer posible y a asegurar el ejercicio regular de la función [illegible] que la norma constitucional prevé y, consecuentemente, se [illegible] la conducta del sometido a proceso toda vez que impida o ponga en peligro tal ejercicio. En otros términos, la potestad jurisdiccional [illegible] manifestarse en actos que restrinjan la libertad personal durante la sustanciación del proceso, pero sólo en aquellos casos en que exista peligro grave y concreto de que el imputado al estar en libertad [illegible] impedirá la consecución de los fines de la función judicial, el juicio previo [illegible] efectiva actuación de la ley.

[illegible] que las medidas cautelares en [illegible] penal conforman un verdadero subsistema normativo, dentro de [illegible] sistemática de los códigos procesales y se encuentran sujetas a reglas específicas que regulan su consecución [39]. Así se establece que su interpretación debe ser restrictiva ya que coartan la libertad de un individuo, restringen el ejercicio de los derechos de las personas o, en definitiva, establecen límites a su ejercicio; cabe señalar asimismo que su aplicación debe ser equilibrada y proporcionada.

En tal sentido debe tenerse especialmente en cuenta que las medidas de coerción personal del imputado pueden vulnerar la libertad de quien puede no resultar, en definitiva, autor del delito que se le atribuye, lo cual sólo se determinará cuando se dicte sentencia.

En tal sentido establecen pautas limitadoras por la vigencia del principio de inocencia o de no culpabilidad, y por estas circunstancias

(38) Vélez Mariconde, ob. cit., p. 322

(39) Ledesma, ob. cit., p. 348.

deben ser objeto del más atento y escrupuloso examen en el campo de la política legislativa [40].

Por su naturaleza, las medidas de coerción personal son accesorias o instrumentales, es decir están impuestas para asegurar los fines de un proceso principal, se diferencian de la pena de la cual no pueden ser concebidas como anticipo o sucedáneo. En efecto, la coerción personal y la material, son semejantes y presentan identidad en cuanto al poder coactivo que se ejerce y de la fuerza pública que ha de utilizarse; también en que ambas implican la privación de la libertad ambulatoria, pero resultan diferentes en lo relativo a los objetivos. Así, en las adjetivas se tienden a garantizar los fines del enjuiciamiento, mientras que en las previstas por la ley de fondo se configuran como una respuesta retributiva del delito perpetrado e impuesta por una sentencia final dictada por el tribunal de juicio.

Como toda medida cautelar, las de coerción personal requieren para su ordenamiento que se acredite la verosimilitud del derecho y razones de urgencia (peligro en la demora). Tal sucede cuando el C.P.P. impone la necesidad de un mínimo de elementos probatorios sobre la existencia del delito y en su caso sobre la participación del imputado. La ley procesal no determina el diverso grado de exigencia sobre los requisitos a acreditar en consonancia con la gravedad de la medida sino que conforme a los límites constitucionales y legales es el juez quien la interpretará en el caso concreto.

Por otra parte, son provisionales y mutables y, como se dijo, de interpretación restrictiva

8.1. Medidas de coerción en particular

Analizaremos en forma específica las medidas de coerción que se presentan como más usuales en los ordenamientos adjetivos penales Las más comunes son: la detención, el arresto y la prisión preventiva, sin perjuicio de la existencia de otras de menor relevancia y que se prevén como complementarias de ellas

La *detención* consiste en la privación de la libertad impuesta al imputado con el fin de hacerlo intervenir en el proceso y recibirle declaración, cuando

(40) Vélez Mariconde, Alfredo, *Derecho procesal penal*, Lerner, Cba., 1982, p. 313.

[illegible] la orden de [illegible] o [illegible] intentará [illegible] Por ello sólo procede si existe presunción de que [illegible] un hecho delictivo o cuando ello resulte indispensable [illegible] los fines del proceso [41]. Debe ser ordenada por el juez [illegible] hará efectiva a través de la policía (arts. 271 y 272 C.P.P.) [illegible] es la medida de coerción personal complementaria [illegible] que se impide al imputado detenido a mantener cont[illegible] escrito con terceros para evitar que estorbe la investigación [illegible] como agravante de la detención (art. 273 C.P.P.). Puede [illegible] cuando se prohíbe al imputado comunicarse con toda pers[illegible] que se presenta como *relativa* sí solo se impide la comunica[illegible] a ciertas y determinadas personas.

La [illegible]*hensión o arresto* consiste en una medida que puede util[illegible] forma excepcional, deteniendo a un sujeto sin orden jud[illegible] ha sido sorprendido *in fraganti* cometiendo un hecho delict[illegible] cede en los casos específicamente previstos en la ley [illegible] significan que sólo excepcionalmente se autoriza la dete[illegible] sujeto sin orden de la autoridad judicial en determinadas situa[illegible] nadas como de "flagrancia"; tal sucede -por ejemplo- cua[illegible] es sorprendido al momento de cometer el hecho delictu[illegible] diatamente después o cuando tiene en su poder objetos que h[illegible] poner la participación en un delito (arts. 274 y 275 C.P.P.).

La *prisión preventiva* es la medida de coerción que se presenta [illegible] el encarcelamiento que se impone al procesado reprimido con [illegible] privativa de la libertad, cuando sea indispensable para aseg[illegible] fines del proceso [43].

En esos casos deberá existir, además de una presunción de [illegible] imputado es culpable, el peligro grave y concreto de que la ley [illegible] pueda ser actuada debido a su conducta, de modo que la ley [illegible] debe prever los medios que sean necesarios para evitarlo (art. 281 C.P.P.

El C.P.P. contempla además otras medidas cautelares de [illegible] complementario y su aplicación dependerá de las circunstancias fá[illegible]

(41) Cafferata, ob. cit. p. 21
(42) Cafferata, ob. cit., p. 24
(43) Cafferata, ob. cit., p. 32

de cada caso. Así sucede -por ejemplo- con la prohibición de alejarse del lugar del hecho, con la internación provisional en caso de enfermedad mental, el registro domiciliario, la requisa personal, la clausura de locales, la intercepción de la correspondencia, la intervención de comunicaciones telefónicas, etcétera

La ley prevé asimismo la prisión domiciliaria que se autoriza para mujeres honestas y personas mayores de 60 años (art. 286 C.P.P.).

Podemos concluir que la restricción a la libertad del imputado sólo puede tener carácter preventivo, cautelar y provisional; debe cesar cuando desaparezca el peligro. En tal sentido sólo puede ser dispuesta, dentro de los límites absolutamente indispensables para asegurar el descubrimiento de la verdad y la actuación de la ley sustantiva, o sea, la consecución de los fines esenciales del proceso penal.

CAPITULO XXIII

Impugnación procesal

Sumario: 1. Objeto y límites de la teoría general de las impugnaciones 2 Concepto y condiciones 3. Principios que rigen el sistema impugnativo 3 1 Congruencia. 3.2 Taxatividad legal 3 3 Bilateralidad 3 4 Simplificación 4. Sujetos de la actividad impugnativa. 5 Objeto de las impugnaciones. 6 Procedimiento impugnativo 7 Efectos 8 Clasificación de los recursos 9. Los medios impugnativos en particular

1. Objeto y límites de la teoría general de las impugnaciones

La actividad impugnativa ha sido tratada en esta obra sólo como u etapa eventual del proceso, que tiene lugar luego del dictado de sentencia. Así se expresa que dictada la resolución final en el proce civil cabe la posibilidad de deducir recursos ordinarios contra ella, tanto, que luego del dictado de la sentencia de los tribunales orales instancia única podría interponerse contra ellas recursos extraordinar Atento este tratamiento parcializado que le hemos otorgado se est necesario aclarar que la posibilidad de deducir impugnaciones es am y no se limita solamente a la refutación de las sentencias sino que actividad se realiza a lo largo de todo el trámite judicial con difere características y por diferentes medios

El procedimiento judicial debe realizarse en forma regular y lega con corrección a fin de lograr el cumplimiento de sus fines.

Frente a la posibilidad de actividad irregular la ley prevé mecanis de saneamiento, que pueden actuar *a priori*, en forma preventiva con el

fin de expurgar vicios y defectos (v.gr., despacho saneador arts. 176 C.PC. y 360 C.PN.) o *a posteriori* en forma de impugnaciones; es decir que se procura efectuar un control de la actuación judicial después de producida la irregularidad; esto es, funciona como un remedio *ex post* de la actividad indebida (desviada o ilegítima) [1].

Las leyes adjetivas establecen la forma en que debe cumplirse la actividad a fin de posibilitar la detección de la existencia de una irregularidad y a la vez analizar, entre los mecanismos que el orden jurídico prevé, cuál es el idóneo a efecto de superar dicha violación; en síntesis, de excluir del orden jurídico dicha "ilegalidad" (expresada en su más amplia acepción), analizando los distintos medios a ese fin. Es necesario para la consecución de los objetivos del proceso que dichos remedios funcionen correctamente para evitar que las violaciones persistan, para que los actos irregulares se normalicen, y para que los derechos violados puedan ser restablecidos ya que son su supremo objetivo.

Los actos del proceso persiguen un objetivo (fines) y se desarrollan conforme a reglas predeterminadas (formas). El incumplimiento de las formas da origen a la actividad impugnativa que tiene por objetivo corregir esos errores o defectos

Si los actos son irregulares o injustos (es decir, anormales) se habrá desviado la finalidad común, mostrando un vicio que se traducirá en ilegalidad o injusticia.

Nace así la necesidad de pedir un nuevo análisis de la situación sea por el mismo tribunal que resolvió o por otro de superior jerarquía.

La impugnación procesal se manifiesta como un poder de naturaleza procesal, tanto desde el punto de su origen como desde el punto de vista de su ejercicio. En efecto, de las normas procesales surgen previsiones en forma de conminaciones abstractas de sancionabilidad o de revocabilidad, y que deben satisfacerse en el proceso judicial mediante la correspondiente actividad tendiente a lograr su regularidad.

A tal efecto, se prevén los diversos medios que trataremos de estudiar sistemáticamente y con un enfoque de carácter general, es decir, su tratamiento será efectuado desde el punto de vista de la *Teoría general de*

(1) Véscovi, Enrique, *Los recursos judiciales y demás medios impugnativos en Iberoamérica*, Depalma, Bs. As., 1988, p. 1

del proceso ya que pese a ser un tema muy desarrollado, ha sido abordado generalmente en forma fraccionada o parcializada tanto por la doctrina como por la legislación.

De las previsiones procesales surgen para los interesados en la legalidad y la justicia de los actos que se cumplen en el proceso, poderes tendientes a perseguir la eliminación del vicio de lo injusto o de lo defectuoso. Se trata de poderes y actos que derivan directamente de las garantías constitucionales del juicio previo y de la inviolabilidad de la defensa en juicio.

La palabra impugnación deriva del latín y significa o da la idea de "quebrar, romper, contradecir, o refutar". Así es definido como "combatir, atacar o impugnar un argumento" [2]. El concepto no es exclusivo del derecho procesal, sino que previamente ha sido abordado desde la teoría general del derecho [3]. Por eso el vocablo también es utilizado con frecuencia en el derecho sustancial (v.gr., impugnación de testamento, de asambleas, de filiación, etcétera).

En el campo procesal los esfuerzos se dirigen tanto a precisar [illegible] alcance como a lograr una teoría general de las impugnaciones, abord[illegible] sus núcleos problemáticos con puntos de vistas generalizadores a fi[illegible] luego poder determinar las diferencias que exhiben en casos particula[illegible]

Cabe señalar que los alcances de esta teoría se presentan en fo[illegible] diferenciada entre los autores. Así algunos asignan a la activi[illegible] impugnativa gran amplitud, otros la restringen exageradamente y, [illegible] último, se manifiesta una tendencia actual que procura delimitar [illegible] campo adecuadamente.

Couture, en una concepción muy amplia considera que el conce[illegible] impugnación abarca a toda actividad invalidativa, cualquiera sea [illegible] naturaleza, en tanto se efectúe dentro del proceso; incluye todo tipo [illegible] refutación de actividad procesal, sea del juez, de las partes de terce[illegible] también la referida a los actos de prueba (tacha de testigos, impugna[illegible] de informes o pericias, etcétera). Desde otro punto de vista, en [illegible] posición restringida la doctrina europea, especialmente la alem[illegible]

(2) *Diccionario Larousse Ilustrado*, Larousse, Bs. As., 13 París 17, Miguel de Tora y G[illegible] Ramón García Pelayo y Gros, 1964.

(3) Carnelutti, Francesco, *Sistema de derecho procesal civil*, trad. Alcalá Zamora y Castillo y Sentís Melendo, Uteha, vol. III, ps. 607 a 613. Confr. Ramos Méndez, Francisco, *Derecho procesal* (guía para estudio y el trabajo científico profesional), Barcelona, 1978, p. 164.

italiana, limitan su campo de actuación sólo a los recursos; es decir, a las impugnación que atacan a los actos del tribunal. Por último, la doctrina moderna, especialmente la latinoamericana, trata de lograr un punto de equilibrio. Así se entiende que la impugnación es toda actividad de los sujetos procesales tendiente a invalidar tanto a los actos del órgano jurisdiccional, como los de las partes y así abarca a los recursos, a los incidentes y a las acciones impugnativas

En este capítulo referido a la teoría de las impugnaciones nos proponemos con un enfoque general precisar su concepto, determinar su naturaleza jurídica, los principios que la rigen, los motivos que les dan origen, su procedimiento y efectos. Debe analizarse además de las reglas comunes las especificidades y diferencias que derivan generalmente del tipo procesal utilizado para la actuación del derecho, del sistema legal previsto en los códigos formales y del derecho de fondo que pretende de actuar (civil, penal, familia, etcétera).

En tal sentido, se ha señalado que "no parece entonces nada especial que exista una teoría general de la impugnación, en la cual se estudien los principios generales de ésta, válidos para todos los procesos". Dicho en forma más concreta, que no es necesario estudiar los recursos en materia civil, penal, laboral, de familia, etcétera, sino a todos en general. Sin perjuicio de algunas (siempre poquísimas) especialidades que deriven de la forma del proceso especial de que se trata, que a su vez, se tiñe de alguna especialidad del derecho sustantivo al que sirve. Porque, como siempre se reitera, la autonomía del derecho procesal y su aspiración generalizadora, no debe desconocer que es un derecho adjetivo (secundario), al servicio del derecho sustantivo (de fondo), al cual debe proporcionar los medios (en este caso, los remedios) para cumplir sus fines [4].

Se ha expresado que el modo de estructurar los medios de impugnación constituye uno de los problemas más difíciles de resolver en el ámbito procesal si bien modernamente es posible advertir una tendencia evolutiva hacia la simplificación y limitación de su campo: no obstante ello queda todavía mucho por hacer, pues existe una gran variedad de caminos de embate, muchas veces sinuosos y difíciles de transitar [5].

(4) Véscovi ob. cit ps. 5 y 6

(5) Hitters, Juan Carlos, *Técnicas de los recursos extraordinarios y de la casación*, Platense, La Plata 1991 p. 3

2. Concepto y condiciones

La regularidad del procedimiento judicial y la justicia del fallo que de... recaer al final del proceso, imponen que la actividad procesal viciada p... injusticia, defecto o irregularidad esté sujeta a saneamiento, corrección ... eliminación [6]. De allí la necesidad de prever a la impugnación procesal en forma genérica y específica, esto es, señalar las reglas generales y los medios especiales que han de utilizarse en el caso concreto.

Sin perjuicio de ellos y con un propósito didáctico en est... desarrollo, ejemplificaremos referido a los recursos sin perjuicio de que las reglas sean aplicables, asimismo, a los otros medios impugnativ... (incidentes y acciones).

Se ha definido a "*la impugnación procesal como el poder concedido a las part... y excepcionalmente a terceros tendiente a lograr la modificación, revocación, anula... o sustitución de un acto procesal que se considera ilegal o injusto*" [7]

Los actos del proceso se realizan con un objetivo determinado (fi... y se desarrollan conforme a reglas también predeterminadas (formas) ... la existencia de un trámite irregular o viciado se abre paso la activ... impugnativa que tiene por objeto corregir errores y defectos.

El análisis del poder de impugnación conduce a incursion... previamente por el aspecto estático de la institución que nos ocupa. P... otra parte, se impone considerar el tema con un doble enfoque: un... referente al sujeto a quien se le atribuye el poder, y otro, referido al objeto sobre el cual recae el poder de impugnación Este dualismo ha contribuido a que suela distinguirse en la doctrina lo que se conoce por "impugnabilidad subjetiva" de por "impugnabilidad objetiva".

La impugnación como poder tiene origen constitucional y su contenido es abstracto ya que no está condicionado a la existenc... real, efectiva y concreta del defecto o injusticia En tal sentido, basta que se invoque la existencia de un agravio aunque luego, al momento de su resolución de mérito se deniegue el derecho (como sucede con la acción) Es decir, que no obstante la posibilidad de su admisión inicial, luego de su tramitación puede resultar que la pretensión impugnativa resulte rechazada al momento de dictar sentencia.

(6) Clariá Olmedo, Jorge, *Derecho procesal* Depalma Bs As. 1983, t II, p 276

(7) Clariá Olmedo, ob cit., p 279

Como una primera característica de la impugnación ampliamente considerada, se manifiesta como el poder y actividad reconocido a las partes del proceso y excepcionalmente también a terceros interesados, tendientes a conseguir la revocación, anulación, sustitución o modificación de un concreto acto de procedimiento que se afirma incorrecto o defectuoso (injusto o ilegal), siendo ello la causa del agravio que el acto produce al interesado

Esta actividad puede dirigirse tanto contra los actos del tribunal (resoluciones) cumplidos de oficio o a petición de parte, como de los actos de colaboradores del tribunal (notificaciones), y también respecto de actos de las partes, comprendiendo entre estos últimos de sus representantes legales, mandatarios y defensores en general [8].

El poder de impugnación como tal se ejercita dentro del proceso y tiende a obtener la modificación revocación anulación sustitución de un acto procesal ilegal o injusto: se exhibe como una prolongación de los poderes de acción y excepción.

Se trata de un derecho abstracto que no está condicionado a la existencia real del defecto o injusticia. Dicho de otra manera, que no interesa que quien recurre tenga un derecho concreto; basta que invoque su poder con las formalidades establecidas en la ley para que se le permita ejercer la actividad impugnativa.

En cuanto a su categorización se presenta, en principio, como una mera facultad; esto significa que ante el dictado de una resolución adversa el perjudicado está simplemente facultado para impugnarla; es decir; puede o no hacerlo según su voluntad; también se le otorga la calidad de una atribución facultativa (carga), esto es, que se presenta como un imperativo del propio interés; pero esto que parece claro inicialmente presenta algunas particularidades. Así en otros casos se manifiesta como una "sujeción" que es impuesta a determinados sujetos, generalmente órganos públicos o funcionarios judiciales como obligación pero que reviste además el carácter de deber funcional.

El ejercicio del "poder" de impugnar está supeditado a la concurrencia de determinados presupuestos: 1) legitimación del sujeto que impugna; 2) un acto procesal o un procedimiento irregularmente cumplido; 3) que se invoquen vicios y se exhiba un agravio.

(8) Clariá Olmedo ob. cit., p. 79

Desde el punto de vista subjetivo, la impugnación se manifiesta como el poder o facultad que la ley confiere a las partes y, excepcionalmente, a los terceros interesados para obtener que el mismo juez u otro de superior jerarquía, revoque o anule un acto procesal irregularmente cumplido o invalide una resolución jurisdiccional ilegal o injusta.

Constituye un requisito indispensable para la procedencia de la impugnación la existencia de un "agravio" que es el daño o perjuicio material o moral que se ocasiona a un sujeto por el acto atacado

En materia de recursos, por ejemplo, el agravio podrá estar representado por el rechazo total o parcial de las pretensiones hechas valer en el proceso por el recurrente. Al respecto, quien impugna también debe ser un sujeto legitimado en concreto y exhibir un interés directo en la reparación. Así por ejemplo, en sentido contrario, las partes no podrán agraviarse respecto de la sentencia que acogió su pretensión. El error en materia procesal, visto desde el punto de vista de la decisión del juez, puede referirse un doble orden de intereses: puede tratarse de un error en la apreciación de la norma jurídica aplicable al caso, o error en el trámite del proceso.

En el primer caso, el error se manifiesta relacionado con la justicia del fallo; esto es, por defectuosa valoración de la prueba o por indebida aplicación del derecho sustantivo se trata de un "error *in iudicando*" e importa que se ha conculcado la justicia del fallo y el ejemplo clásico para su remedio es el recurso de apelación.

En el segundo caso, cuando el error se muestra en el apartamiento o quebramiento de las formas procesales establecidas como garantía para el justiciable, se trata de un "error *in procedendo*" y su medio de impugnación más típico es la nulidad (incidente, recurso o acción impugnativa). La consecuencia de la admisión de estos medios impugnativos es que privan de eficacia al acto [9].

Por ello se hace necesario determinar si el error recae sobre el aspecto sustancial o procesal. En síntesis, mediante el poder de impugnación se procura que los actos procesales (resoluciones judiciales, actos de partes y de terceros intervinientes en el proceso) sean justos, como condición indispensable para obtener la paz social pero, además de

(9) Perrachione, Mario, *Impugnaciones. Derecho procesal civil. Teoría general del proceso*, Atenea Cba., 1997, p. 281

justos, que respeten las disposiciones establecidas por las leyes de procedimiento, como medio de salvaguardar en última instancia, los derechos y garantías constitucionales (v.gr., derecho al debido proceso adjetivo, derecho de defensa en juicio, derecho al juez natural, derecho a la *nulla poena sine previa lege*, etcétera).

Es decir, que los actos procesales vistos en su faz dinámica deben respetar los principios técnicos jurídicos que orientan el proceso moderno, pero además de ello, se requiere que el acto procesal sea "justo" en cuanto a su conformidad con las reglas ético-jurídicas por las cuales se determina la licitud o ilicitud de la conducta humana, con el fin último de proveer a una mayor tranquilidad del orden establecido [10].

3. Principios que rigen el sistema impugnativo

La materia procesal está dirigida al estudio de normas y especialmente de los principios que las rigen y sirven de sustento.

Los principios del derecho procesal son los presupuestos políticos que determinan la existencia funcional de un ordenamiento procesal cualquiera. Son presupuestos políticos o principios generales que concretan y mediatizan las garantías constitucionales y en cada uno de ellos se puede encontrar un entroncamiento directo con una norma fundamental [11].

Estos principios generales adquieren protagonismo específico relacionados con la actividad impugnativa. Los más relevantes y con los que nos referimos son: el de congruencia, regla de la taxatividad legal y bilateralidad o contradicción y simplificacion.

3.1. Congruencia

El poder de iniciativa y de mantenimiento de la impugnación se concede al interesado: las partes, terceros o ministerio público, siempre

(10) Clariá Olmedo Jorge, ob cit., p 273

(11) Díaz Clemente *Instituciones de derecho procesal*, Parte General, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1988 t I p 213

que se encuentren legitimados al efecto. De conformidad con nuestro ordenamiento procesal, la decisión judicial debe circunscribirse a lo demandado y a las defensas que concretamente se opongan, esto es, deben atender a los agravios expuestos

El principio de congruencia se enlaza con el sistema dispositivo y configura en el proceso una doble garantía, al establecer los límites que debe someterse el juzgador evitando arbitrariedades, y otorga seguridad de que las partes saben de que deben defenderse.

De esta actividad realizada en tiempo oportuno dependerá la suerte de la impugnación. Así una sentencia puede adquirir firmeza por el transcurso del tiempo y la circunstancia omisiva de la no impugnación.

La regla de la congruencia limita el campo de las impugnaciones subjetiva y objetivamente.

Desde el punto de vista subjetivo sólo puede impugnar una parte que se encuentre legitimada al efecto; en principio, por regla general, la impugnación sólo beneficia a quien la dedujo; excepcionalmente, la decisión del órgano revisor pueda alcanzar a otro sujeto con carácter de parte que no la ejercitó con fundamento en diversas razones: por ejemplo en la necesidad de evitar decisiones contradictorias, v.gr., en el litis consorcio necesario.

Desde el punto de vista objetivo la regla de la congruencia limita la facultad cognoscitiva del órgano superior quien puede revisar solamente los derechos (agravios) invocados por la parte peticionante

Sin embargo, ante ciertas circunstancias los límites impuestos por esta regla ceden aunque no exista norma expresa, y en tal caso debe admitirse el efecto extensivo de la queja cuando, por ejemplo, la relación sustancial, objeto del proceso, resulta inescindible o en los casos de pluralidad de titulares de la pretensión que han sido partes en el proceso y que encuentran vinculados por la naturaleza de relación o por la existencia de norma legal que así lo determine. Piénsese, por ejemplo, cuando el conflicto se sustenta en obligaciones solidarias

3.2. Taxatividad legal

La regla taxatividad legal significa que sólo los actos señalados en forma expresa por la ley, genérica o específicamente, pueden ser impugnados. Esto implica que sólo podrá deducirse impugnación contra un acto procesal si ello está autorizado por la ley sea referido a un solo acto o a un conjunto de ellos.

Así existen reglas legales genéricas que prevén la posibilidad de ...stionar un conjunto de actos, por ejemplo, la nulidad que puede ...tearse por falta de intervención del ministerio público pupilar cuando ... juicio participan menores (art. 59 C.C.); también frente a la ausencia ... presupuesto procesal, (por ejemplo, por falta de personería o ...que ella es defectuosa); por violación de una garantía constitucional, ...r ejemplo, la de defensa en juicio. El Código Procesal Penal establece ...el art. 443 que las resoluciones judiciales serán recurribles sólo por ...medios y en los casos expresamente establecidos. El derecho a recurrir ...corresponderá tan sólo a quien le sea expresamente acordado siempre ...tenga un ente directo.

Los ordenamientos formales también contienen normas específicas ...rdas a la posibilidad de impugnar actos determinados, así por ejemplo, ... se autoriza la apelación en ciertos tipos de procedimiento, o se la ... frente a concretas circunstancias (por ejemplo, en el juicio ejecutivo, ...mandado sólo puede apelar la sentencia si opuso excepciones, art. ...8 C.P.C.; no cabe deducir apelación en la resolución que se dicte en ... de despojo (art. 779 inc. 1 C.P.C.) o ante el rechazo de la petición de ...ntamiento liso y llano del embargo (art. 441 C.P.C.).

También en algunos casos referidos a ciertos recursos se establecen ...es o cabe la limitación respecto del agravio. Ello sucede, por ejemplo, ...ación al monto económico del pleito o por derogación de la regla ...apelación imponiendo una norma específica en contrario. Por ejemplo, ...den restringirse los motivos de impugnación, o cabe la limitación ...pecto del tipo agravio; o en relación al monto económico del pleito o ...derogación de la regla de la apelación imponiendo una norma específica ... contrario (v.gr. la resolución que declara herederos, art. 664 C.P.C.).

3.3. *Bilateralidad*

La regla de la bilateralidad cobra especial importancia en el trámite ...pugnativo a los fines de garantizar el contradictorio por la trascendencia y las características del trámite. Por ello, todo proveído debe ser notificado ... domicilio no rigiendo en esta materia la notificación *ministerio legis*. ...palda, asimismo, la vigencia de la regla de la igualdad ante la ley que ...concreta en el proceso, cuando se otorga a ambas partes la oportunidad ...gual de considerar y defender, con las garantías consiguientes, cada una de las razones y fundamentos que sostiene las respectivas pretensiones.

En efecto, ello sucede a lo largo de todo el trámite, desde el acto inicial de admisión de la impugnación hasta los proveídos en donde se otorgan plazos para contestar agravios.

3.4. *Simplificación*

Este principio alude a la tendencia actual de intentar limitar las impugnaciones y también de lograr sencillez brevedad y concentración en su trámite, limitando de esta manera el formalismo innecesario. También se advierte por la perentoriedad de los plazos que impera en todo trámite impugnativo.

4. Sujetos de la actividad impugnativa

Pueden deducir impugnaciones todos los sujetos que se hallen afectados por un acto procesal viciado y que en consecuencia tengan un interés concreto en la reparación. Este interés debe ser propio y directo del impugnante y encuentra íntima vinculación con la entidad o forma del agravio.

Son sujetos de las impugnaciones en el proceso civil las partes que son el actor, el demandado y sus representantes, los terceros que adquieren la calidad de parte; también cualquiera de los integrantes de un litis consorcio, las partes incidentales o transitorias (abogados o procuradores respecto a sus honorarios); por último, cabe mencionar, además, a las partes en sentido restringido como el denunciante o denunciado en el proceso de declaración de incapacidad. También pueden deducir impugnaciones los participantes, esto es, los miembros del ministerio público, fiscal y pupilar, cuando se hallen afectados los intereses de su competencia.

En el ámbito del proceso penal puede impugnar el imputado, sus representantes y los integrantes del ministerio público (fiscal o pupilar), etcétera (art. 445 C.P.P.). En este último aspecto, el ministerio público fiscal está habilitado para interponer recursos, en las causas motivadas por la comisión de delitos de acción pública; este sujeto actúa como parte sometida al principio de legalidad y puede hacerlo tanto a favor como en contra de los intereses del imputado (art. 444 C.P.P.). Sin embargo

carece de la facultad de impugnar la sentencia recaída respecto de la pretensión civil [12].

Dentro de la postura procesal activa se faculta también al querellante particular y al privado. El primero, que actúa como parte eventual, sólo puede recurrir las resoluciones expresamente señaladas en la ley y siempre y cuando lo hubiere hecho el fiscal (art. 446 C.P.P.); en tanto que el segundo, en su carácter de parte necesaria, goza de amplias facultades recursivas. Finalmente, en lo que atañe al actor civil que no se ha constituido también como querellante particular, se halla facultado para recurrir las resoluciones sólo en lo concerniente a la pretensión por él interpuesta, motivo por el cual se le veda la posibilidad de apelar el auto de sobreseimiento (art. 447 C.P.C.) [13].

Los motivos de impugnación son los denominados "*vicios in procedendo y vicios in iudicando*". Se trata de errores que pueden existir en el procedimiento o en "el juicio" que constituye la decisión (vicios de la actividad y vicios del juicio del tribunal). También se los distingue como infracción en el fondo o en la forma

En un primer enfoque y con el fin de abordar adecuadamente los motivos de las impugnaciones resulta pertinente recordar la distinta función que cumplen las normas sustantivas y las procesales. Las primeras establecen y garantizan el orden jurídico en su quietud previendo hipótesis de conductas genéricas y estableciendo sanciones para el caso de incumplimiento. Estas son las normas constitutivas contenidas siempre en los cuerpos sustanciales. Por otro lado, existen las normas procesales o "de realización" que regulan las vías o caminos de la actividad procesal y que por regla general están contenidas en las leyes de procedimiento pero muchas veces se encuentran también en los códigos de fondo.

Así, inicialmente y sobre la base de esta distinción de las normas pueden distinguirse los errores *in procedendo*: vicios en la actividad, y los errores *in iudicando*: vicios en el juicio o en el razonamiento que puede referirse a la deficiente valoración de la prueba o a la inadecuada aplicación del derecho.

El *vicio in procedendo* se configura por la desviación de los sujetos en los trámites o en los procedimientos y dan lugar a nulidad. En cambio, los errores *in iudicando* ocurren por mala o equivocada aplicación de la ley

(12) Palacio, Lino Enrique *Los recursos en el proceso penal*, Abeledo-Perrot, Bs. As., 2001, ps. 17/18.
(13) Palacio ob cit., p. 18.

sustancial o por incorrecta reconstrucción de los hechos; son errores en el fondo (en el contenido del fallo) y ocurren por la aplicación de una ley inaplicable o por la no aplicación de la que fuera aplicable. El vicio en el procedimiento provoca la nulidad, que invalida el acto viciado y produce generalmente el efecto secundario de retrogradar el procedimiento para rehacerlo desde que se cometió el error Esta distinción entre vicios *in iudicando* e *in procedendo* es trascendente para entender el porqué de la forma en que prevén los recursos las leyes positivas. Así debe señalarse que se sancionan de muy diferentes maneras los vicios de forma y de fondo.

Por otra parte, tanto los recursos ordinarios como los extraordinarios pueden fundarse en vicios *in procedendo* y en vicios *in iudicando*.

5. Objeto de las impugnaciones

El objeto impugnativo es comprensivo de las resoluciones emanadas del tribunal, de los actos de parte o de terceros o pueden referirse a todo un procedimiento. Así, por ejemplo, cuando se intenta una acción autónoma de nulidad se está impugnando todo un procedimiento judicial que incluye actos del tribunal y actos de parte. En tanto, que cuando se impugna una resolución del tribunal se hará por medio de recursos ordinarios o extraordinarios según sea el tipo de resolución y el medio establecido en la ley al efecto. Así, por ejemplo, un decreto de mero trámite o decisorio puede ser cuestionado por vía del incidente o recurso de reposición. Esto es, en este tipo de incidencia de menor jerarquía, el trámite se realiza ante el mismo tribunal que dictó la resolución a fin de lograr que por contrario imperio la rectifique, cambie o anule.

En cuanto a las condiciones objetivas de los recursos debemos señalar que al igual que todos los actos procesales, deben ser idóneos y jurídicamente posibles. La idoneidad atiende a la adecuación del recurso respecto de la resolución que mediante éste se impugna, y dentro de ese ámbito cabe distinguir entre una idoneidad específica y una idoneidad genérica según que, respectivamente, la ley mencione a recurso que corresponda en función del contenido de la resolución [14]

(14) Palacio, ob cit., p 23

La posibilidad jurídica se relaciona, en cambio, con la recurribilidad o irrecurribilidad de ciertas resoluciones. Así como se ha expresado en ciertos casos, la ley objetivamente autoriza la impugnación, en otros, la impone y en otros, la veda o restringe. Es ejemplo de esta situación la contemplada en el art. 198 C.P.C., que sólo autoriza el recurso de reposición y niega la apelación, ante la negativa del despacho de medidas probatorias.

6. Procedimiento impugnativo

El procedimiento impugnativo se manifiesta en las actividades cumplidas por las partes, a modo de carga procesal, de simple facultad o deber funcional, que brindan el contenido de la impugnación. Ella se exhibe en la instancia impugnativa y en la correspondiente fundamentación.

Es así que la ley prevé el camino procesal que ha de seguirse en el procedimiento impugnativo. En este trámite, en general, deben distinguirse dos momentos que representan las actividades que puede realizar el agraviado: una primera etapa, de simple actividad que tiene lugar con el único fin de instar el trámite; y un segundo momento, previsto para fundar la petición. Complementariamente, se integra este momento con los actos que realiza el tribunal *a quo* para admitir, o desestimar formalmente el recurso y también con los que tienen lugar ante el tribunal de alzada (*ad quem*) para realizar la fundamentación.

Por ende, el acto impugnativo consta de dos elementos o momentos diferenciables, que se expresan como actividades realizadas por las partes y enlazadas por actos del tribunal: 1) el acto de voluntad, de instancia de parte o grito de protesta y 2) la expresión de agravios que implica la instancia en que se desarrollan los fundamentos o razones. Esta última, constituye el elemento lógico intelectual del acto y es cuando se explicita el interés y se especifica el agravio.

Estos dos momentos pueden estar previstos en la ley con autonomía, es decir, en secuencia separadas, en forma sucesiva o por el contrario fundidos en un solo acto a realizarse simultáneamente.

El primer momento, constituye la manifestación de voluntad de impugnar. El segundo, se concreta en la expresión de los agravios, es decir, el acto de postulación en el que se indican las razones por las cuales el interesado considera afectado (perjudicado) su derecho. En

definitiva, se configura como el contenido intelectual del acto impugnativo y es conocido como momento de fundamentación de la impugnación.

La expresión de agravios consiste en la *crítica concreta, precisa y circunstanciada* de la sentencia o actividad atacada señalando claramente la existencia del error que se imputa al acto procesal, en virtud del cual se sufre el "agravio", proponiendo además el impugnante, fundadamente la solución que estime correcta. No basta al efecto la simple manifestación de disconformidad con la resolución atacada. Debe tratarse de un desarrollo argumental concreto en el que se describen en forma precisa los errores de procedimiento o de derecho sustancial de que adolece y los motivos por los que solicita la modificación, revocación, o anulación

Como ya se ha expresado en algunos casos, el acto de voluntad (simple interposición del recurso) y el acto de inteligencia (expresión de agravios), se prevén en oportunidades diferentes; ello sucede por regla general en el recurso de apelación tanto en el trámite civil, como en el penal. En efecto, en el primer caso, la interposición del recurso es un acto simple, que se realiza por escrito o diligencia en el que el impug[illegible] manifiesta ante el juez su voluntad de recurrir. Vgr., "Vengo a interp[illegible] recurso de apelación del que expresare fundamento en el mom[illegible] procesal oportuno" (art. 366 C.P.C. y art 461 C.P.P.). Esta instancia se re[illegible] en forma escueta ante el órgano jurisdiccional que dictó la resolu[illegible] quien analizará los requisitos formales (tiempo y forma) y, en consecuen[illegible] admitirá o inadmitirá la petición.

Si el recurso es admitido, se eleva el trámite al tribunal de alzada [illegible] quien se expresa agravio conforme al tramite establecido en la ley [illegible] 368 C.P.C. y 465 C.P.P.). Esto es la admisión del recurso importa el [illegible] la competencia funcional del *a quo* y la adquisición de ella por el *a* [illegible] esto quiere significar que le está vedado al órgano jurisd[illegible] concedió el recurso realizar otra actividad en el expediente

La expresión de agravios es un acto postulatorio de [illegible] que fija y delimita subjetiva y objetivamente las facultades [illegible] tribunal, quien no podrá resolver ni más allá de las pretension[illegible] en demanda y contestación ni tampoco sobre otras [illegible] planteadas en el recurso (*tantum apellatum cuantum devolutum*).

Formulada la expresión de agravios se da oportunidad a la contr[illegible] para que ejercite su derecho de defensa o manifieste sus razones, hecho lo cual quedan los autos en condiciones de ser resueltos por la Cámara de Apelaciones

Con fundamento en el principio de economía procesal y elementales razones de igualdad de las partes los códigos formales reconocen el instituto *de la adhesión*; ello importa otorgar otra oportunidad a quien no apeló la sentencia, aunque tuviera motivos para utilizar la instancia impugnativa abierta por la contraria. En una especie de recurrencia condicionada, pues requiere que la vía impugnativa ya haya sido abierta por la otra parte (art. 372 C.P.C. y art. 450 C.P.P).

También puede renunciarse al recurso ya interpuesto, lo cual puede ser concretado por vía de desistimiento expreso que puede afectar el impugnante después de concedido el recurso; también puede efectuarlo por forma de un desistimiento tácito, que técnicamente se denomina deserción (art. 374 C.P.C.).

En materia penal el trámite de la apelación es similar: el recurso se deduce ante el juez de control y se requieren la concurrencia de similares requisitos formales y será resuelto por la Cámara del Crimen, como consecuencia de la competencia de grado asignada.

Cabe señalar, por otra parte, que en otras impugnaciones, que en general configuran la mayoría, los momentos y actividades se realizan fundidas en un solo acto. Es decir, las impugnaciones deben interponerse y fundarse simultáneamente, por ejemplo (tal sucede referido al recurso o incidente de reposición y los recursos extraordinarios)

Cabe indicar, por último, y como cierre del presente punto que el acto impugnativo para ser admisible debe respetar las condiciones formales previstas por la ley, a más de las que surjan de los principios generales. Así es menester que la resolución sea recurrible (impugnabilidad objetiva), que el recurrente esté legitimado al efecto (impugnabilidad subjetiva) y que el acto se realice con regularidad y en forma completa. Estas condiciones de admisibilidad varían de un medio impugnativo a otro.

En general, puede decirse que una impugnación no debe ser admitida [illegible]:

a) [illegible] del derecho de impugnación,

b) [illegible] aridad (legitimación) para impugnar;

c) [illegible] vancia de las formas, incluyendo las de tiempo, las de lugar y [illegible] por incumplimiento de otras formalidades que suelen exigirse [illegible], etcétera

Cabe [illegible] juicio de admisibilidad formal inicial formulado por el tribunal de primera instancia no es definitivo cuando se trata de un recurso en sentido estricto, es decir que tiene efecto devolutivo, pues aunque el tribunal *a quo* o inferior haya concedido el recurso, el *ad quem* o superior podrá revisar esta decisión del inferior [illegible] y cambiarla denegando el recurso con el argumento de que no debió ser admitido (art. 368 C.P.C.).

Por último, puede ante la admisión de la instancia impugna[illegible] ordenarse el *reenvío* que cuando es anulada la resolución impugnada [illegible] procedimiento que la precedió el tribunal que resuelve en tal sent[illegible] devuelve la causa a fin de que se realice en forma correcta el trá[illegible] viciado a fin de que rehaga el procedimiento y se dicte nuevam[illegible] resolución. En cambio, cuando el vicio proviene de un error *in iudicando* [illegible] mismo tribunal de casación, a la vez que cumple su función natural [illegible] revocación de la sentencia (casación) y actúa como órgano de alz[illegible] dictando la nueva sentencia

7. Efectos

El análisis de los efectos de las impugnaciones nos lleva a deter[illegible] cuáles son las consecuencias que suscita la deducción de un [illegible] impugnativo determinando; el tema abarca las consecuencias proc[illegible] inmediatas de la instancia impugnativa [15].

Lo efectos difieren sustancialmente entre sí y en algu[illegible] impugnaciones se manifiestan como una característica específica [illegible] tipo de que se trata. Cada uno de los efectos se presentan en [illegible] contrapuestos, lo cual significa que frente a un efecto determinado exi[illegible] otro, que es con sentido diametralmente opuesto. El legislador, [illegible] razones de política procesal, utiliza uno u otro extremo de la regla [illegible] el diseño de las impugnaciones. Piénsese, por ejemplo, el caso [illegible] recurso de apelación, que puede producir a la vez, efecto suspens[illegible] no suspensivo (v.gr., apelación de una sentencia de condena por [illegible] que tiene efecto suspensivo y la apelación de una resolución q[illegible] alimentos que tiene efecto no suspensivo).

La doctrina tradicionalmente distingue el efecto devolutivo [illegible] devolutivo teniendo en cuenta el tribunal que habrá de d[illegible] impugnación. El vocablo "devolutivo" representa un arcaísmo q[illegible]

(15) Clariá Olmedo, Jorge, *Derecho procesal*, Depalma, Bs. As. 1983 t. II p. 297

mantiene en la actual legislación y que proviene de antiguas normas procesales. No obstante ello es repetido como un concepto derivado de las fuentes o antecedentes doctrinales en que se sustenta nuestro derecho.

La expresión encuentra origen en la voz "devolver" que significa "volver una cosa al estado que tenía", es decir, encierra la "idea de restitución" [16]. Así puede conceptuarse como la devolución de algo a aquel de quien antes se recibiera [17]. La denominación ha sido mantenida en el derecho procesal actual, aunque precisada en su sentido, ya que en rigor no hay devolución. En efecto, técnicamente la palabra devolutivo supone: desplazamiento de la jurisdicción a un tribunal de alzada, doble instancia, la existencia de un juez *a quo* y otro *ad quem*, esto es, un juez de primera instancia y un tribunal colegiado de segunda instancia que debe intervenir y resolver la impugnación. Como se ve, los desarrollos doctrinales han procurado adecuar el sentido a una idea concreta de alzada en el ámbito de la jurisdicción.

El concepto de instancia como grado jurisdiccional supone establecer un espacio, período o grado que la ley precisa para instruir un proceso en el cual se van realizando las actividades necesarias para sentenciar el asunto. La instancia entonces es una creación de la ley y no depende, por lo tanto, de la voluntad del juez ni de la de las partes. Se trata de un concepto pasivo y estático del derecho. A través de la actividad de las partes e intervención del juzgador se va construyendo el proceso, que se objetiva en diversos actos (demanda y contestación, ofrecimiento y diligenciamiento de prueba y sentencia); de este modo se ha cumplido e integrado el proceso en su primera fase o primer grado configurándose así, la primera instancia. Una vez dictada la sentencia, el conflicto puede quedar definitivamente resuelto o en su caso constituir la base para ejercer los poderes de impugnación, que generan el inicio de otra instancia, denominada comúnmente "alzada". La instancia en sentido general se manifiesta como el continente jurídico en el que se vierte el contenido del proceso. El efecto devolutivo, conlleva ínsita la idea de doble instancia; pronunciada la sentencia por la alzada, ésta junto con la de primera instancia, constituyen una unidad jurídica inescindible, sea que reforme, revoque o confirme.

(16) *Diccionario de la Lengua Española*, Real Academia Española, 21ª ed., 1992, 1ª y 2ª acepciones.
(17) Clariá Olmedo, ob. cit. p. 298

Los orígenes de lo devolutivo, se encuentran en el antiguo [illegible] romano y también durante la Edad Media en la que los jueces [illegible] dependían de magistrados que ejercían la jurisdicción sólo por delega[illegible] del príncipe, quien era su exclusivo titular; se administraba justicia en su nombre y en los casos presentados. A su vez, en ciertos supuestos se acordaba a los particulares la posibilidad de solicitar al soberano la revocación o anulación de lo decidido por los jueces o magistrados (devolución). Si el recurso era concedido se restituía la causa al príncipe para que éste se pronunciara y ello hacía que la jurisdicción quedara en suspenso. Posteriormente, en el ámbito del derecho canónico se advierte que dicha regla no podía ser mantenida ante situaciones de urgencia, ya que la suspensión del cumplimiento de la sentencia podría ocasionar perjuicios irreparables [18]. De este modo se perfila la posibilidad aunque excepcional, por cierto, de ejecutar lo resuelto cuando se encuentre pendiente el recurso.

El efecto devolutivo se descompone en una serie de manifestaciones particulares de singular importancia y que se vinculan con las atribuciones o poderes conferidos al juez inferior y al superior. La sumisión del caso al órgano jurisdiccional superior, hace cesar los poderes del juez *a quo* quien queda despojado o desprendido de la jurisdicción, hasta tanto finalice el trámite impugnativo. Por su parte, el superior asume la facultad plena de revocación de la sentencia objeto de recurso, dentro de los límites de éste (*tantum apellatum cuantun devolutum*). Los poderes de la alzada así se circunscriben al ejercicio de facultades revocatorias plenas y ello posibilita la modificación íntegra o parcial de la resolución. Esta facultad también opera en el aspecto formal, es decir, en relación a la admisibilidad o inadmisibilidad de la instancia impugnativa. El órgano superior cuenta, además, con la posibilidad de declarar improcedente el recurso en los casos en que haya sido otorgado indebidamente por el inferior.

El efecto devolutivo tiene fundamento en la falibilidad humana y en el principio de seguridad jurídica al que tienden a preservar los medios impugnativos. Resulta necesario que tanto el hecho como el derecho, apreciado el primero y aplicado el segundo en la resolución impugnada,

(18) Alsina, ob. cit., t. III, p. 224

puedan ser objeto de un nuevo examen por un tribunal de jerarquía superior (función de control). De este modo se obtiene una revisión del mérito de lo resuelto y un examen del procedimiento seguido para llegar a la decisión.

En nuestras leyes adjetivas, tienen efecto devolutivo los recursos de apelación, de casación, de inconstitucionalidad local y nacional.

Si se pondera la oportunidad del cumplimiento de lo decidido en la resolución impugnada, el efecto será suspensivo (de imposible cumplimiento) *o no suspensivo* (susceptible de ejecución). Es suspensivo, cuando se produce un enervamiento provisional de los efectos de la sentencia, una vez admitido el recurso. Interpuesta la impugnación no sólo se opera el envío al superior para la revisión de lo decidido, sino que además y como complemento necesario, sus efectos quedan detenidos (*appellatione pendente nihil innovandum*) [19]. En este caso, la interposición o concesión del recurso produce la suspensión del cumplimiento o ejecución de la resolución recurrida, es decir, obsta a que se configure la máxima preclusión, esto es, la cosa juzgada.

En los procesos civiles, penales, laborales y de familia se consagra como regla para las impugnaciones ordinarias el efecto suspensivo y es excepcional el no suspensivo que posibilita el cumplimiento del acto jurisdiccional objeto de recurso.

El efecto suspensivo comienza a partir de la admisión de la instancia impugnativa y perdura hasta que recaiga resolución al respecto. Reconoce fundamento en evitar los daños y perjuicios que podrían derivarse del cumplimiento de una resolución que a la postre podría resultar modificada, y que constituye la expectativa del impugnante en lograr la eliminación o revocación de lo resuelto por el juez inferior. Sin embargo, esos daños también podrían suscitarse ante la postergación de lo resuelto.

Con estos reparos, el efecto suspensivo o no suspensivo estará determinado por dar prioridad a ciertos intereses frente a otros y en la opción se dará protección al interés que más lo requiera. Este criterio abre paso a una serie de excepciones en las que se atribuye el efecto "no suspensivo" [20]. La excepción tiene fundamento en el menor daño

(19) Couture, Eduardo J., *Fundamentos del derecho procesal civil*, Depalma, Bs. As., 1976, p. 370.
(20) Clariá Olmedo, ob. cit., t. II, p. 310.

que representa ejecutar lo resuelto frente al que produciría la suspensión de su cumplimiento. Piénsese, por ejemplo, que ante el dictado de una sentencia en juicio ordinario por cumplimiento del contrato, el efecto inmediato de la admisión del recurso será el efecto suspensivo; esto es, la ejecución no podrá ser llevada adelante hasta tanto sea resuelta la impugnación deducida. En cambio, si la sentencia es dictada en juicio en un juicio ejecutivo, a pesar de haberse concedido la apelación, podrá ejecutarse la sentencia ya que la apelación en este ámbito tiene efecto no suspensivo.

Otro efecto se advierte teniendo en cuenta las consecuencias que produce en relación al sujeto la interposición del acto impugnativo: esto es, si es personal viéndose beneficiado o perjudicado exclusivamente el sujeto impugnante o alcanza a otros que no han impugnado, en cuyo caso es extensivo o comunicante.

El efecto personal de las impugnaciones es una derivación o expresión del sistema dispositivo y se justifica en el interés de las partes. En este tipo el proceso se desarrolla fundamentalmente por el estímulo de los sujetos por lo que no es posible avanzar sobre los intereses propios de ellos. Es que el sujeto que no ha recurndo demuestra con esta actitud que está conforme con lo decidido y en atención a ello, la resolución queda firme a su respecto. De tal modo, el efecto se limita a la persona que impugna no pudiendo favorecer a los litigantes que no han ejercido tal actividad para quienes se configura la cosa juzgada. Las limitaciones al principio de personalidad hace que en determinados casos el efecto deba extenderse a otros sujetos por razones de orden sustancial, que impiden la escindibilidad del pronunciamiento. Así, por ejemplo, la naturaleza de la relación jurídico sustancial subyacente que alimenta la pretensión decidida hace que en los casos de litis consorcio necesario, la suerte de los distintos litis consortes sea común. En efecto, la sentencia debe tener sólo un sentido para todos los sujetos involucrados en el conflicto, no pudiendo el orden jurídico soportar diferentes soluciones. Piénsese, por ejemplo, cuando se trata de una acción por simulación que persigue la anulabilidad de un acto jurídico; la decisión sólo podrá ser por su validez o invalidez y comprenderá a todos los sujetos intervinientes en él (contratantes y escribano); si la pretensión tiende a hacer cesar un estado de indivisión, la apelación deducida por uno de ellos vinculará a todos los comuneros, o en el caso, de obligaciones solidarias aunque el recurso sea interpuesto por uno de los deudores beneficiará o perjudicará a todos, etcétera.

El efecto extensivo o comunicante o de comunidad, implica que interpuesta la impugnación aprovecha a los demás sujetos del proceso. La extensión o comunicación encuentra sustento en el principio de economía procesal y en la necesaria restricción de las facultades dispositivas de las partes. Ello es una consecuencia directa del carácter público del proceso, que no tolera que puedan coexistir dos sentencias contradictorias afectándose de este modo la autoridad de la cosa juzgada. La norma procesal pone un límite en el aspecto formal, autorizando la eficacia extensiva de la instancia impugnativa. En definitiva, el efecto extensivo o comunicante tiene sustento en razones que hacen al orden público procesal que subordina el interés particular de quien no impugnó.

La característica más saliente del efecto extensivo, es que se presenta como de excepción, ya que sólo procede cuando la ley lo prevé expresamente o cuando deriva de la naturaleza de la cuestión o de los requerimientos del trámite; la regla es la personalidad [21].

Además la extensión supone la existencia de una circunstancia negativa, esto es la de no impugnación de los otros sujetos. Por cierto que debe haber transcurrido el plazo para que ello suceda, ya que de otro modo si aún se conserva el derecho a impugnar, no es posible hablar de extensión.

Los códigos procesales penales modernos prevén explícitamente el efecto extensivo o comunicante, cuando existe comunidad de intereses entre los coimputados. En razón del fundamento de orden público que preside a este efecto, éste es imperativo; el imputado favorecido con la impugnación no puede renunciar a él por cuanto ello significaría desvirtuar su esencial motivación [22].

Por último, desde el enfoque de la oportunidad del trámite a imprimir a un recurso interpuesto y admitido, la regla es que se produzca sin solución de continuidad desde su concesión hasta el pronunciamiento, o truncamiento en su caso, constituyendo lo que se ha dado en llamar "efecto inmediato". En cambio, el diferido, se presenta cuando la fundamentación y decisión de la impugnación, se posterga para un momento ulterior. Este efecto responde a los principios de economía y celeridad, ya que procura evitar interrupciones en el curso del proceso

(21) Clariá Olmedo ob cit p 315
(22) Ayán, Manuel N Recursos en materia penal, Lerner, Cba , 1985, p 185

que se suscitarían al tener que dar trámite en forma inmediata a las impugnaciones deducidas.

El principio general es que concedido el recurso inmediatamente se cumplen los actos necesarios para su resolución; es decir, la regla es el efecto inmediato, siendo el diferido de excepción y cuando así lo establezca la ley.

8. Clasificación de los recursos

Los recursos son susceptibles de clasificarse desde distintos puntos de vista. Así, la primera distinción se realiza teniendo en cuenta el ámbito de conocimiento que permite abordar estas diferentes impugnaciones y que por regla general fija la ley.

Otra distinción se realiza teniendo en cuenta el tribunal que habrá de entender el recurso planteado y el que tendrá que decidir; es decir, si lo resolverá el mismo tribunal que dictó el pronunciamiento u otro de jerarquía superior. En este último caso, la instancia recursiva podrá ser atribuida al tribunal inmediato superior o a otro de mayor jerarquía dentro del orden establecido por la ley (recursos *per saltum*) [23].

En el primer enfoque se distinguen los recursos ordinarios de los extraordinarios; son ordinarios los que se conceden, ante el mismo juez o ante el tribunal de apelación (caso de doble o triple instancia) para reparar todo tipo de omisión, error o vicios de procedimiento o de juicio. Constituyen trámites comunes o medios de impugnación normales contra de las decisiones judiciales [24]. A través de los denominados ordinarios, puede introducirse y debatirse ampliamente cualquier tipo de vicio u error que exhiba el pronunciamiento. El conocimiento del segundo juez tiene por objeto, la relación decidida sobre la cual ha de resolver *ex novo*, basándose en el material reunido ahora y antes

Vinculado a este tipo de impugnación categorizada como ordinaria -recursos ordinarios- se ha dicho que tal como lo indica su nombre, é[illegible]

(23) Podetti, Ramiro J., *Derecho procesal civil comercial y laboral. Tratado de los recursos*, Ediar, Bs As., 1958, t V, p 30
(24) Podetti ob cit , p 30

se dan con cierto carácter de normalidad dentro del ordenamiento procesal. De esta normalidad deriva la mayor facilidad con que el recurso es admitido y el mayor poder que se atribuye al órgano jurisdiccional encargado de resolverlo. Por eso suele decirse que el recurso ordinario no exige motivos para su interposición ni limita los poderes judiciales de quien dictó la resolución recurrida [25]. En este sentido, Palacio, señala que «las impugnaciones ordinarias son las que la ley prevé con el objeto de reparar genéricamente, la extensa gama de defectos que pueden exhibir las resoluciones judiciales y que, fundamentalmente, consisten en errores de juzgamiento derivados de una desacertada aplicación de la ley o de la valoración de la prueba (errores *in iudicando*), o en vicios producidos por la inobservancia de los requisitos procesales que condicionan la validez de la correspondiente resolución y en irregularidades concernientes al procedimiento que precedió a su dictado (errores *in procedendo*)" [26]. Se les reconoce la categoría de impugnaciones ordinarias, al recurso de apelación y de nulidad; también se le atribuye tal carácter al recurso de reposición.

En cambio, los extraordinarios, constituyen modos particulares y limitados de impugnación; sólo proceden ante motivos concretos y preestablecidos por la ley y el órgano jurisdiccional no puede pronunciarse sobre la totalidad de la cuestión litigiosa, sino solamente sobre sectores acotados de ésta, que la índole del recurso establezca [27].

En los recursos extraordinarios no cabe la revisión de las conclusiones relativas a las cuestiones de hecho o fácticas; por tradición estos medios extraordinarios permiten controlar tan sólo la *quaestio iuris* y queda excluido de su conocimiento todo lo relativo a la fijación de los hechos y a la valoración de las pruebas, que integran la denominada *quaestio facti*.

Rige en este tipo de impugnación el principio de adecuación normativa y el de taxatividad legal.

Son recursos extraordinarios en el orden local, el de casación, casación por inconstitucionalidad, a los que cabe agregar el recurso extraordinario federal. No incluimos al recurso de revisión por cuanto es considerado

(25) Guasp, Jaime *Derecho procesal civil* 2ª ed. corregida, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1962, t. II p. 712

(26) Palacio, Lino Enrique, *Derecho procesal civil*, Abeledo Perrot Bs. As., t. V, ps. 35-36.

(27) Guasp, ob. cit., p. 712

una acción impugnativa que ataca una resolución que goza de la autoridad de cosa juzgada (art. 369 C.P.C.).

9. Medios impugnativos en particular

El esquema recursivo constituye una de las mayores preocupaciones de la doctrina, ya que en su articulación comulgan el principio de seguridad jurídica con el de celeridad que el proceso moderno requiere.

Tradicionalmente se han seguido estructuras que exhiben gran apego a la legalidad, a la especificidad e infungibilidad de los medios impugnativos, y que genera un sistema marcadamente formalista discutido en sus bondades. En este enfoque se ha dicho que el informalismo recursivo es una de las grandes "lecciones" que llegan de los procesos administrativos, pero por, sobre todo, una exigencia impostergable si se aspira que el instrumento de justicia sirva sinceramente a sus fines [28]. No obstante lo expuesto, las leyes adjetivas regían con cierta uniformidad sobre los diversos medios impugnativos que individualiza en forma coincidente y con conceptos equivalentes. El proceso de impugnación es una categoría unitaria, pero se desdobla en una multitud de manifestaciones, que son elegidas y sistematizadas por el derecho positivo formal.

Todas las legislaciones se mueven sobre la base de que la impugnación procesal es una figura admisible, pero que tiene que ser limitada, porque la instauración de una cadena ilimitada de recursos llevaría consigo la imposibilidad de asegurar definitivamente los resultados procesales, lo que se opondría a la idea de la cosa juzgada. El medio para establecer en cada caso el cuadro de las impugnaciones que un cierto derecho admite, se define evidentemente, según las circunstancias contingentes a que la ordenación de este derecho ha obedecido [29].

Las vías que la ley prevé para poner en ejercicio el poder de impugnación genéricamente son: el incidente, el recurso en sentido estricto y la demanda impugnativa [30].

(28) Berizonce, Roberto, *Derecho procesal actual* Platense. La Plata 1999, p. 300.

(29) Guasp, ob. cit., p. 553

(30) Clariá Olmedo, Jorge. *Derecho procesal* Depalma, Bs. As., t. II, p. 321.

El incidente impugnativo es la vía con que cuentan las partes para instar al mismo tribunal que dictó la resolución su revocación o anulación por contrario imperio. Esta forma de impugnación no tiene efecto devolutivo y generalmente se dirige contra resoluciones de naturaleza procesal y pronunciadas sin sustanciación (v.gr., reposición) o sustanciadas (v.gr., incidente de nulidad).

Las demandas impugnativas, importan el ejercicio del poder de acción procesal cuyo contenido es una pretensión de naturaleza impugnativa dirigida contra una sentencia que posee la autoridad y eficacia de cosa juzgada. Queda comprendido en esta categoría el denominado recurso de revisión.

Cabe advertir que el tribunal que conoce y resuelve una demanda impugnativa, actúa en virtud de una atribución originaria de competencia material; por lo tanto, no reviste el carácter de alzada.

Los recursos constituyen medios impugnativos que atacan una resolución judicial y se caracterizan porque son devolutivos y por regla tienen efecto suspensivo. Se denomina recurso al acto procesal en cuya virtud la parte que se considera agraviada por una resolución judicial pide su reforma o anulación, total o parcial. En este enfoque se ha dicho que la idea elemental de la impugnación es que se vuelve a trabajar sobre la materia procesal decidida, para que su nuevo curso permita depurar la exactitud o inexactitud de las conclusiones procesales primariamente obtenidas. Tal nuevo curso o recurso define al proceso montado con una finalidad impugnativa, lo cual no quiere decir, sin embargo, que ello suponga una reproducción del proceso primitivo [31].

Los distintos procesos de impugnación que trataremos son: el recurso de revocatoria o de reposición, de apelación, de nulidad, de aclaratoria, de queja, de casación, de inconstitucionalidad, revisión y recurso extraordinario federal

Recurso de revocatoria o de reposición: este medio impugnativo tiene como finalidad que el tribunal revoque, por *contrario imperio* lo decidido; es decir, que en ejercicio de la misma facultad de decidir ínsita en la jurisdicción, deje sin efecto, modifique o confirme una resolución [32]. Los tres nombres

(31) Guasp, Jaime, *Derecho procesal civil*, 4ª ed., 1998 Revisada y adaptada por Aragoneses, Civitas, Madrid, t. II p. 552

(32) Podetti, ob. cit., p. 82

con los cuales es conocido este medio impugnativo derivan de la finalidad que se le atribuye la de "revocar", es decir anular; la de "reponer", que indica como volver una cosa a su situación o posición anterior, por último, la de "reconsiderar", esto es, considerar de nuevo. No obstante las diferentes nominaciones con que es llamado por la ley ello no tiene mayor trascendencia en su suerte, ya que lo que permite caracterizarlo es el pedido o rechazo para que se reconsidere o se deje sin efecto o se revoque una determinada resolución, en la misma instancia donde se pronunció y, consecuentemente, por el mismo tribunal que la dictó.

El recurso de reposición se encuentra reglamentado con miras a la enmienda de los errores que puedan afectar al tipo de resoluciones ordenatorias provistas de menor trascendencia [33]. Ello no justifica y torna innecesario que la revisión sea efectuada por un tribunal de mayor jerarquía y por un trámite más complejo.

Reviste la calidad de tribunal competente para conocer y decidir la reposición el que la dictó. Así si la reposición es deducida ante un tribunal de primera instancia, cuenta con facultades el juez del cual proviene; en cambio, si se trata de un acto dictado por un tribunal de segunda instancia o de instancia única aun cuando sea dispuesta por quien ejerce la presidencia del tribunal colegiado, su resolución deberá ser vertida por todos los miembros.

Es principio general, que pueden ser objeto de impugnación por vía de reposición, las providencias dictadas sin sustanciación. Configuran esta característica cuando la providencia ha sido dictada sin que las partes con antelación hayan tenido oportunidad de exponer sus razones o argumentos respecto del acto impugnado.

El recurso debe ser interpuesto fundadamente, ya que en el mismo acto de interposición la parte tiene la carga de expresar el interés que se ha visto perjudicado por la providencia que se cuestiona

Cabe señalar, que un sector de la doctrina atribuye a la reposición el carácter de ser un incidente por cuanto carece de efecto devolutivo [34], En tanto, que otros autores, atribuyen a la reposición el carácter de recurso, para lo cual se tiene en cuenta el alcance de la potestad revisora del

(33) Palacio, *Los recursos* ..., cit., p. 40

(34) Clariá Olmedo, ob. cit., p. 325

tribunal. En este sentido, se ha entendido que si bien la reposición no participa del denominado "efecto devolutivo" clásico, debe desestimarse la opinión con arreglo a la cual aquella no constituye, por ese motivo un verdadero recurso sino un trámite de carácter incidental, ya que el mencionado efecto, no configura en nuestro derecho un elemento necesariamente distinto de los recursos [35].

Advertimos que el recurso de reposición puede ser deducido con el de apelación conjuntamente. Esa forma particular de interposición significa que si la reposición fuere desestimada le queda al recurrente la posibilidad de provocar el conocimiento de la alzada por vía de la apelación. De tal modo, que lo decidido por el juez *a quo* con relación a la providencia objeto de recurso, no causa ejecutoria. Ello significa que no quedará firme ya que podrá ser revisado por el tribunal inmediatamente superior a través del recurso de apelación articulado en subsidio. La providencia dictada sin sustanciación configura entonces el objeto del recurso de apelación (art. 359 C.P.C. y art. 457 C.P.P).

Es común que los códigos formales regulen esta particular forma de interposición con un sentido que consulta el principio de economía procesal y de eventualidad (art. 362 C.P.C. y art. 459 C.P.P).

Recurso de apelación: es el medio concedido a un litigante que ha sufrido agravio por la sentencia del juez inferior, para reclamar de ella y obtener su revocación por el juez superior. Del concepto se desprenden dos elementos. Por un lado, el objeto mismo de la apelación, o sea el agravio y su necesidad de reparación por acto del superior. El acto provocatorio del apelante no supone, que la sentencia sea verdaderamente injusta: basta con que éste la considere tal, para que el recurso sea otorgado y surja la segunda instancia [36]. Constituye el medio impugnativo más amplio a través del cual el tribunal inmediatamente superior reexamina lo resuelto y revoca o modifica la decisión impugnada. Es así que la alzada se hace cargo de la totalidad de los agravios vertidos por el recurrente, sin perder de vista los planteos efectuados y realizados por el vencedor, como los desestimados por el juez *a quo*. Ello significa que la ley permite revisar ilimitados motivos, que en concreto son tan sólo limitados por el

(35) Palacio, *Los recursos*, cit. p. 40.
(36) Couture Eduardo, *Fundamentos del derecho procesal civil* Depalma, Bs. As., 1976, p. 351

recurrente a través de la expresión de agravios y de esta forma conducir a un reexamen ***ex novo ed in totum*** de la causa [37].

El recurso de apelación satisface una necesidad subjetiva de quien siente como una injusticia lo que el juez decida y una necesidad pública de mayor posibilidad de justicia en el caso concreto [38].

En el derecho procesal moderno, la apelación incluye también la posibilidad del conocer los motivos de nulidad. En efecto, este medio recursivo constituye una de las vías ordinarias para plantear nulidades con fundamento en vicios formales que pueden presentarse en la sentencia o resolución. La finalidad de la apelación deducida con fundamento en la nulidad, es la de rescindir, casar o anular una sentencia, por su forma o contenido a fin que no se viole el derecho de defensa en juicio.

Cabe señalar, que la anulación o rescisión va desapareciendo en forma paulatina como institución recursiva autónoma, habiendo sido absorbida por el remedio genérico de la apelación. En efecto, la nulidad es tratada en los cuerpos formales, como un motivo específico de apelación y carece, por lo tanto, de autonomía en la nomenclatura recursiva dentro la teoría de las impugnaciones. Por otra parte, señalamos que la nulidad también puede ser articulada por vía de incidente, por acción y también por excepción.

En el proceso civil, el recurso de apelación está previsto en el art. 363 C.P.C. y procede contra las sentencias, autos y providencias simples que traigan gravamen irreparable. Por su parte, en el proceso penal, la apelación está regulada en el art. 460 C.P.P. y pueden ser atacadas las resoluciones de los jueces de instrucción siempre que la ley las declare expresamente apelables.

Recurso de aclaratoria: esta forma constituye el remedio procesal con que cuentan las partes para peticionar que el mismo juez mediante su modificación parcial o su integración, adecue la resolución judicial a los hechos y al derecho aplicable [39]. No se trata propiamente de un recurso sino de una instancia que de este modo subsana o procura enmendar deficiencias de orden material o conceptual que la afecten, o bien pretende la integración en conformidad con las cuestiones involucradas en el proceso supliendo las omisiones de que adolezca el pronunciamiento

(37) Ayan ob. cit. p. 42
(38) Podetti, ob. cit. p. 116
(39) Podetti, ob. cit. p. 102

siempre que, en cualquiera de estas hipótesis no se altere lo esencial [40]. A través de este medio se persigue la modificación, integración o la complementación de lo decidido. Lo primero sucede, cuando se subsanan errores materiales o se aclaran conceptos oscuros. Cuando nos referimos a errores materiales, ellos deben ser descubiertos sin mayor esfuerzo y no deben identificarse con los denominados errores *in iudicando*, cuya corrección amerita otra vía recursiva (apelación). Piénsese, por ejemplo, cuando la resolución contenga un error aritmético o un error en un nombre o apellido de alguna de las partes o del imputado o cuando se le atribuya la calidad de actor al demandado o viceversa, etcétera. La expresión *conceptos oscuros* alude a una deficiencia idiomática, que requiere de una explicación dirigida a despejar dudas. Tal sucede cuando una idea no aparece clara por falta de precisión, insuficiencia o contradicción en las frases o en el léxico empleado para expresarla [41]. Tal sucede cuando la resolución presenta en su parte dispositiva una contradicción. La complementación de la resolución importa suplir las omisiones en que hubiere incurrido el tribunal al resolver, es decir, no haberse pronunciado sobre puntos introducidos oportunamente en la instancia (congruencia).

La aclaratoria, por regla general, es suspensiva respecto del plazo para deducir recurso de apelación. Ello se justifica en el enfoque que la sentencia es una sola y la resolución que se dicte con motivo de ella formara una unidad inescindible con aquella. En el proceso civil, la aclaratoria está contemplada en el art. 336 C.P.C..

Otra modalidad se manifiesta en la interpretatoria que puede dictar de oficio el juez cuando resultare juicio contradictorio de la resolución para llevar adelante su ejecución. Esta atribución del juzgador, es una consecuencia propia de la jurisdicción, que se extiende a los actos que deben cumplirse para realizar el derecho reconocido. Encuentra regulación en el art. 338 C.P.C. y no rige preclusión para su dictado, sino tan sólo la que dimana de la cosa juzgada.

Recurso directo o de queja: es el remedio procesal encaminado a lograr la sustitución de una resolución judicial por otra cuyo contenido satisfaga el interés del recurrente [42]. Por su parte, tradicionalmente la queja ha sido

(40) Palacio, *Los recursos* ..., cit. p. 51
(41) Podetti, ob. cit. p. 107
(42) Palacio, ob. cit., p. 182

definida como la instancia que se interpone cuando el juez deniega la admisión de una apelación u otro recurso ordinario, que procede con arreglo a derecho, o cuando éste comete faltas o abusos en la administración de justicia, denegando las peticiones justas de las partes para ante su superior, haciendo presentes las arbitrariedades de inferior a fin de que las evite obligándole a proceder conforme a la ley [43]. Lo medular del concepto se sintetiza en que importa un pedido de revisión del juicio de admisibilidad del tribunal *a quo* a la luz de los motivos aducidos por éste para denegar el recurso interpuesto, siendo el apuntalador del recurso denegado, y el que posibilita *-ad eventum-* un nuevo examen de la denegatoria o del juicio de admisibilidad [44].

(43) Vicentes y Caravantes, *Tratado histórico, crítico, filosófico de los procedimientos civiles*, Madrid, 1856, vol. IV, p. 64
(44) Condorelli, Epifanio - Bermejo, Patricia *El recurso de queja*, 2ª ed., Platense, La Plata 1996, p. 12

CAPITULO XXIV

Vías extraordinarias (*)

por Leonardo González Zamar

I. RECURSO DE CASACION

1. Introducción

La casación es un medio de impugnación de la sentencia con particularidades especiales, que a través de la evolución histórica

(*) El desarrollo de los capítulos sub. I.1, I.2, y I.3 del presente trabajo, ha sido reelaborado sobre la base del comentario efectuado por el suscripto al recurso de casación en el proceso civil publicado en el *Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba*, de las Dras. Angelina Ferreyra de de la Rúa y Cristina González de la Vega de Opl. La Ley, Bs. As., 1999, t. II, p. 671 y ss.

fue recogiendo los diversos componentes que [illegible] estructura actual.

El esquema de la casación clásica edificado sobre el axioma de que el tribunal casatorio sólo puede revisar la aplicación del derecho, ha sido blanco de severos cuestionamientos. Las nuevas corrientes propugnan dotar al órgano casatorio de mayores potestades funcionales, para que éste, trascendiendo el ortodoxo control de los errores de derecho, pueda también fiscalizar -bajo ciertas condiciones- la cuestión fáctica, en busca de la justicia del caso.

2. Génesis y evolución

En una estenográfica síntesis del desarrollo histórico del instituto, podemos decir que en su concepción moderna, la casación tuvo su origen en el derecho francés y más específicamente en la época de la Revolución. Merced a las ideologías imperantes expuestas por Rousseau y Montesquieu, basadas en la omnipotencia de la ley y en la igualdad de los ciudadanos ante ésta, como asimismo en una marcada división de los poderes del Estado, se crea en 1790 el "Tribunal de Cassation", ubicado al lado del Poder Legislativo para ejercer un contralor sobre los jueces con el fin de evitar que éstos, en su afán de interpretar las normas jurídicas, invadieran las esferas legislativas [1].

Este tribunal era un organismo político cuyos miembros no eran jueces y cumplía funciones de vigilar la actividad de los magistrados ejerciendo un control negativo sobre ellos (*iudicium rescindens*), es decir se limitaba a dejar sin efecto los fallos que habían sido dictados al margen de la ley, ordenando el reenvío de las causas a otro juez para que decidiera nuevamente la cuestión. No tenía aquel órgano, potestades jurisdiccionales para decidir el fondo de la cuestión debatida (*iudicium rescisorium*), sino que su competencia funcional se circunscribía -como se señaló- a "casar" aquellas resoluciones dictadas extralimitadamente y a reenviar la causa ante el juez pertinente para que decidiera la cuestión.

(1) Calamandrei, Piero, *Casación civil*, trad. de S. Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín, Ediciones Jurídicas Europa-América, Bs. As., 1959, p. 32

[illegible] el Tribunal de casación [illegible] con esta función [illegible] la profunda desconfianza que tenían los [illegible] revolucionarios hacia los jueces. Se procuraba encorsetar la tarea de estos últimos a la mera aplicación de la ley, restringiendo sus facultades interpretativas a fin de evitar su intromisión en las funciones propias del Parlamento, y con ello la descompensación del sistema de división de poderes del Estado. En síntesis, el nacimiento de la casación "pura" operado sobre la base de la situación descripta, tuvo como primordial función, controlar la actividad decisoria de los magistrados, para que éstos no sobrepasaran su función de meros aplicadores de la ley.

Por su parte, en España la casación fue receptada de manera orgánica y con carácter generalizado al sancionarse la Ley de Enjuiciamiento Civil en 1855. Se admite que si bien el instituto *sub examine* tuvo influencias recíprocas con el esquema francés, sentó sus raíces en el suelo ibérico adquiriendo allí rostro propio [2].

La casación española, también conocida como casación "bastarda", se caracteriza por su jurisdiccionalidad, es decir que el tribunal casatorio es un órgano judicial y no político. Esta nota tipificante, permite al tribunal de casación ejercer la tarea negativa o anulatoria del fallo dictado al margen de la ley (*iudicium rescindens*) propia de la casación gala, y además -luego de casar el fallo-, componer positivamente el litigio (*iudicium rescisorium*).

La casación hispana exhibe una auténtica vocación de lograr la justicia en el caso, otorgando a tal fin competencia al órgano casatorio para controlar la apreciación de la prueba y los hechos de la causa (art. 1692 inc. 7 Ley de Enjuiciamiento Civil española de 1881), función ausente en el esquema casatorio francés.

El sistema casatorio vigente en nuestra provincia de Córdoba, se caracteriza por su nota de jurisdiccionalidad, resultando variable la potestad que posee el órgano casatorio (Tribunal Superior de Justicia) según la causal y procedimiento de que se trate, como veremos *infra*.

(2) Hitters, Juan Carlos, *Técnica de los recursos extraordinarios y de la casación*, Platense, La Plata, 1991, p. 25

3. Fines del instituto

El tema de la finalidad de la casación, es sin dudas el *prius* de todo estudio sobre el instituto [3].

Al respecto hemos visto ya que la génesis de la casación se encuentra en el derecho francés, y más específicamente en la época de la Revolución, como asimismo que la Corte de casación era un órgano constitucional que tenía la función de efectuar un control nomofiláctico sobre la actividad de los magistrados.

Esta labor se realizaba desde una doble perspectiva. Por un lado los jueces de instancia controlaban si las partes intervinientes en el juicio habían observado las normas que regían su actividad y por otro, el órgano casatorio, fiscalizaba si la actividad de los jueces de grado, se cumplía dentro del marco legal.

En el último caso, se verificaba el "control del control", ya que el tribunal instituido para fiscalizar, era a su vez controlado por el tribunal de casación. Tal circunstancia permitió a Calamandrei acuñar su conocida frase al señalar que en tales supuestos el órgano casatorio "*custodi ipsos custodes*" [4].

Al asignar a la casación la *función nomofiláctica* [5], es que el maestro de Florencia pudo afirmar que la télesis del instituto no es la justicia del caso, sino la de controlar la actividad de los magistrados inferiores.

Ahora bien, cabe precisar que la finalidad de la casación no se reduce sólo al control nomofiláctico.

En efecto, el gran número de tribunales que componen la organización judicial, y la "pluralidad" de criterios interpretativos del plexo jurídico, podría poner en riesgo la seguridad jurídica.

Frente a ello, el arbitrio casatorio se yergue como la herramienta idónea para el logro de la unidad jurídica, pues asigna al órgano de casación, potestad uniformadora de la jurisprudencia.

Claro está que tal poder de unificación con que cuenta el tribunal de casación, es limitado, pues está sujeto a la interposición de recursos por

(3) Hitters, ob cit., p. 113

(4) Calamandrei, ob. cit., t. II, p. 35, según cita de De la Rúa, Fernando en *El recurso de casación en el derecho positivo argentino* Zavalía, Bs As., 1968, p. 45

(5) Nomofiláctico del griego *nomo*: ley y *phuasso*: guardar

los particulares interesados por lo cual, no alcanza a impedir en forma total la concurrencia de interpretaciones diferentes [6].

Debe tenerse en cuenta además, que si bien la interpretación efectuada por el tribunal de casación no es obligatoria para los tribunales inferiores, sí tiene influencia para los casos futuros como precedente jurisprudencial.

Hasta aquí hemos expuesto los dos fines clásicos de la casación (nomofiláctico y uniformador de la jurisprudencia) en el orden que cronológicamente aparecieron a la vida jurídica. Sin embargo, en la actualidad se está gestando una tendencia superadora del esquema de la casación tradicional que procura arribar a la "justicia del caso".

De tal modo, dogmas como el que "la función de la casación no es hacer justicia", que fueran válidos en épocas pretéritas, quedan desactualizados frente a las nuevas perspectivas del instituto.

Es que el tribunal casatorio en su génesis como órgano no judicial no tenía competencia funcional para administrar justicia. Como vimos ejercía un control negativo *-iudicium rescindens-*, casando el decisorio dictado extralimitadamente, pero al no poseer la nota de jurisdiccionalidad, no podía decidir positivamente la cuestión *-iudicium rescisorium-*. De allí que el tribunal de casación no podía hacer "justicia", pues al casar un decisorio no tenía otra alternativa que reenviar la causa para que fuera juzgada por un tribunal judicial.

Tales circunstancias cambiaron, y los sistemas casatorios que abrevan en el esquema hispano, están dotados de jurisdiccionalidad. Por lo tanto poseen no sólo competencia negativa sino también positiva para resolver el caso.

Así entonces, si el órgano casatorio tiene competencia funcional para componer positivamente la cuestión debatida, no puede afirmarse válidamente que la casación no tiene como función la de administrar justicia en el caso.

En este andarivel son certeras las enseñanzas de Hitters cuando plantea "*¿Cómo es posible afirmar que el más alto órgano de Justicia de la Nación, o de una provincia no deba administrar "justicia"? Esto sería algo así como pensar que el Poder Legislativo no tiene que dictar leyes*" [7].

(6) De la Rúa, ob cit., p. 41.

(7) Hitters, ob cit., p. 127.

Esta tendencia superadora a la que referimos, procura no perder de vista la "justicia del caso", ni los hechos de la causa, pero deja perfectamente en claro que ello no puede -ni debe- inducir al yerro de asemejar la casación a una tercera instancia.

La casación actual, apontocada sobre la experiencia que le brindan más de dos centurias de vida, comienza a transitar nuevos rumbos y *persigue además de sus clásicas funciones nomofiláctica y uniformadora de la jurisprudencia, la "dikelógica" o de la justicia del caso* [8].

4. Noción

El recurso de casación es el medio de impugnación por el cual -por motivos de derecho específicamente previstos por la ley- una parte postula la revisión de los errores jurídicos atribuidos a la sentencia de mérito que la perjudica, reclamando la correcta aplicación de la ley, o la anulación de la sentencia y una nueva decisión, con o sin reenvío a nuevo juicio [9].

En efecto, el recurso de casación es una vía extraordinaria de impugnación que como regla sólo habilita el control de las cuestiones de derecho, y no las de hecho, por lo que en principio las cuestiones de revalorización de prueba quedan excluidas de su acotado ámbito de conocimiento.

Ello es así pues a diferencia del recurso de apelación que faculta al tribunal de alzada a efectuar un nuevo examen del caso tanto en lo fáctico como en lo jurídico, el recurso de casación, sólo acuerda al Tribunal Superior la potestad de realizar un nuevo control de este último aspecto de la sentencia, entendiéndose como regla, que los hechos quedan fijados por el tribunal de mérito o de sentencia, quien es soberano en tal labor

El carácter excepcional de este medio impugnativo se manifiesta asimismo en otros dos flancos claramente diferenciados: 1) las causales de impugnación y 2) las resoluciones contra las que procede.

(8) La incorporación de esta función en el instituto casatorio debe funcionar junto a los dos fines clásicos como lo expresa Hitters: "*en forma subordinada y armoniosamente, sin prevalencia de uno sobre otros, para evitar que las elongaciones produzcan, o un excesivo formalismo (si se le da preeminencia a la función nomofiláctica) o una lisa y llana tercera instancia (si se le da prioridad a la función dikelógica)*". Ob. cit., p. 34

(9) De la Rúa, ob. cit., p. 54

En efecto, en relación al primer punto, si bien es cierto que el recu[rso] de casación persigue anular la sentencia injusta, pues "La injusticia e[s el] verdadero y último vicio de la sentencia y el fundamento de toda[s las] impugnaciones", debe tenerse en cuenta que "*sólo en algunos casos -v.gr. en la apelación- la ley permite a las partes señalar libremente la causa de la injust[icia], mientras que en otros es ella misma la que determina anticipadamente cuáles mo[tivos] de injusticia se consideran relevantes*" [10].

De tal modo, *la casación en cuanto medio de impugnación de natural[eza] extraordinaria, no puede ser ejercitada mediante la invocación de cualquier agra[vio], sino que requiere para su procedencia, que el gravamen sea vehiculizado a través de[los] medios* [11] *que la ley prevé a tal fin.*

Es decir que no basta con demostrar que la sentencia causa agr[avio], sino que además se requiere que tal perjuicio derive de un vicio que eng[uadre] en algunas de las causales o motivos casatorios expresamente tabul[ados] en el respectivo código del rito.

Al respecto cabe señalar que la casación -prescindiendo d[e las] previsiones concretas de cada legislación- "*tiene universalmente dos m[otivos:] el error de actividad o violación de las formas (error in procedendo) y el error d[e juicio] o violación o falsa aplicación de la ley (error in iudicando). El primer motivo com[prende] toda infracción a las reglas establecidas para el desarrollo del proceso y el dictad[o de la] sentencia, en lo que ésta tiene de acto estrictamente procesal. El segundo se r[efiere] exclusivamente a la violación de la regla jurídica que rige el fondo del asunto, a [la] norma que el juez debe aplicar para resolver la causa*" [12].

Por su parte, el carácter extraordinario del recuso de casación en cu[anto] a las resoluciones recurribles, se concreta en que sólo resultan cuestional[bles] por esta vía, las sentencias definitivas o resoluciones que la [ley] expresamente establece.

A continuación examinaremos brevemente cómo se regula el re[curso] de casación en cada ordenamiento ritual, con la advertencia d[e que] su estudio exhaustivo es materia propia de la respectiva discipl[ina, a] lo que allí cabe remitir.

(10) Fontaine, Julio L., "Casación y revisión en el proceso civil", Foro de Có[rdoba], Advocatus, Cba., 1987, p. 56.

(11) Medios: del francés "*moyens*". Calamandrei, ob. cit., p. 72.

(12) Fontaine, Julio L., su participación en el comentario al Capítulo "Recursos", en *Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba*, de Rogelio Ferrer Martínez y otros autores, Advocatus, Cba., p. 728

5. Casación en el proceso civil (ley 8465 y modif.)

5.1. Causales

El recurso de casación procede cuando la *sentencia de segunda instancia se hubiere dictado en violación al principio de congruencia* (art. 383 inc. 1 C.P.C.).

Este motivo casatorio adopta algunas particularidades derivadas del sistema de doble instancia que rige en el fuero

En tal línea, debe tenerse especialmente presente que la sentencia de segunda instancia a fin de cumplir con el recaudo de observancia al principio de congruencia impuesto por el art. 332 C.P.C., debe reparar en dos estadios procedimentales cuales son: el de la traba de la litis, y el de la interposición y fundamentación del recurso de apelación, pues sus potestades decisorias sufren un doble vallado: por un lado el que resulta de la relación jurídico-procesal y por otro el que surja del recurso de apelación.

Sobre este último aspecto -el atinente al recurso de apelación-, el legislador ha fijado el contenido de la sentencia de segunda instancia, limitándolo -como regla- a los *puntos que hubieran sido sometidos a juicio en primera instancia (art.* 332 C.P.C.) *y además ha impuesto al tribunal ad quem que sólo podrá conocer sobre las cuestiones a que se refieren los agravios propuestos por el recurrente (art.* 356 *ib.*), receptando así el principio secular *tantum devollutum quantum apellatum*.

Además, el fallo de la cámara de apelaciones no puede modificar la sentencia de primer grado en perjuicio del apelante, si no existe apelación interpuesta por la parte contraria en virtud de la prohibición de la *reformatio in peius* (art. 356 2° párr. C.P.C.).

De tal modo, la sentencia de segunda instancia que transgrede tales pautas directrices, incurre en el vicio de incongruencia [13]. Al propio tiempo, también se configura tal defecto, cuando no media una rigurosa conformidad entre la sentencia y los sujetos, el objeto y la causa que individualizan a la pretensión y a la oposición.

Las limitaciones señaladas precedentemente en cuanto a la potestad revisora del tribunal de segundo grado, son coherentes con la naturaleza

(13) Palacio-Alvarado Veloso, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Explicado y anotado jurisprudencial y bibliográficamente*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1997, t. II, p. 142

jurídica del recurso de apelación, el que no importa un *novum iudicium* en el sentido de que a través de este recurso pueda admitirse la incorporación de nuevas pretensiones u oposiciones, sino la facultad de revocar o reformar el decisorio atacado, en los límites de los agravios (arg. art. 356 C.P.C.).

También procede el recurso *sub examen* en casos de *violación a la fundamentación lógica y legal o violación a las formas y solemnidades prescriptas para el procedimiento o a la sentencia* (art. 383 inc. 1C.P.C.). Tal motivo concreta la posibilidad de denunciar un error *in procedendo*, consistente en la inobservancia de una norma procesal en el procedimiento o en la construcción de la sentencia, incluídas las reglas de la lógica [14].

Esta causal casatoria, resulta idónea por ejemplo, para cuestionar las sentencias definitivas dictadas por la cámara de apelaciones que tienen una fundamentación contradictoria sobre un determinado hecho, o que se fundan en una norma derogada, o que omiten valorar pruebas dirimentes para la decisión del recurso interpuesto, etcétera

También procede el recurso de casación, en contra de la *sentencia dictada en violación a la cosa juzgada* (art. 383 inc. 2 C.P.C.).

La procedencia del recurso por esta causal tiene lugar cuando la sentencia impugnada altera lo resuelto en un decisorio que ostenta la virtualidad de cosa juzgada.

Así, el decisorio de la cámara viola la cosa juzgada cuando vuelve a decidir una cuestión ya resuelta en ese juicio o en otro [15] y que goza del referido carácter, o bien cuando se niega a reconocer la decisión que tiene una resolución investida de tal autoridad y eficacia.

Corresponde tener presente además, que en razón del carácter de orden público que reviste la cosa juzgada, siempre quedará la posibilidad de que pueda ser alegada por las partes o declarada de oficio, en cualquier estado y grado del juicio (art. 141 C.P.C.) [16].

Por su parte, también procede el *recurso de casación en contra de la sentencia que se funde en una interpretación de la ley contraria a la efectuada dentro los cinco años anteriores a la resolución recurrida* (art. 383 inc. 3 C P.C.).

(14) Cabe aclarar que la fundamentación lógica de la sentencia, no se refiere sólo al respeto a las reglas de la lógica formal, sino que incluye el acatamiento a las directrices que traza la teoría de la argumentación

(15) Perrachione, Mario Claudio "El recurso de casación en el nuevo Código de procedimientos civiles de Córdoba (Análisis crítico y propuestas alternativas)", en el *Libro de Ponencias de las Primeras Jornadas Provinciales de Derecho Procesal*, Alveroni Cba 1995, p 404

(16) Ferreyra de de la Rúa y González de la Vega de Opl ob cit t I, p 222

Esta causal que admite la posibilidad de denunciar un error *in iudicando*, tiene como finalidad morigerar el dictado de resoluciones judiciales con criterios dispares -o eventualmente contradictorios- entre los distintos tribunales sobre idénticas normas jurídicas. Así, el recurso de casación se yergue como la herramienta idónea al efecto, al contar entre uno de sus fines con el de la "uniformación de la jurisprudencia".

De no existir esta función "uniformadora" en el instituto de la casación, una misma norma jurídica podría ser interpretada de manera contradictoria por los distintos tribunales, en desmedro de la certidumbre jurídica.

Ahora bien, por esta causal casatoria son censurables las resoluciones dictadas por la cámara de apelaciones (mencionadas por el art. 384 C.P.C.), que se funden en una interpretación de la ley contraria a la hecha por el propio tribunal de la causa, por el Tribunal Superior de Justicia, un tribunal de apelación en lo civil y comercial, u otro tribunal de apelación o de instancia única de esta provincia

Resulta imprescindible que la contradicción entre las dos sentencias pretendidamente antagónicas, se encuentre referida a la interpretación de la ley, quedando en consecuencia descartada la posibilidad de recurrir por esta vía, aquellos supuestos en que la diversidad de las decisiones sea consecuencia de las diferentes situaciones de hecho juzgadas en cada caso.

La ley establece un límite temporal al disponer que la resolución que se imputa contradictoria debe haber sido dictada dentro de los cinco años anteriores a la resolución recurrida. El cómputo de dicho plazo, se cuenta en forma retroactiva desde la fecha de la sentencia recurrida.

Finalmente, también procede el *recurso de casación contra las sentencias que contraríen la última interpretación de la ley hecha por el Tribunal Superior de Justicia en ocasión de un recurso fundado en el inc 3 ib* (art 383 inc 4 C PC.).

Esta causal casatoria persigue idénticos fines a los señalados prec[illegible]ntemente, es decir que por esta vía se pretende no sólo establecer la "[illegible] a inteligencia legal (*ratio legis* del instituto casatorio) sino, como conse[illegible] residual, superar la distinta interpretación jurisprudencial existe[illegible]iendo tributo a la seguridad jurídica. En cuanto al órgano del cu[illegible] la resolución que ha efectuado de manera antagónica la interpreta[illegible]on de la ley en relación a la sentencia que se recurre, es necesario que tal interpretación haya sido efectuada por el Tribunal Superior de Justicia, en oportunidad de resolver un recurso de casación fundado en el inc. 3 del art. 383 C.PC..

Por su parte y en cuanto a las facultades revisoras del órga[illegible] cabe agregar que en la casación civil a diferencia de la penal, labo[illegible] y parcialmente la contemplada en la ley 7676, no queda habilitado el [illegible] directo de supuestos errores *in iudicando*, sino que éste resulta viab[illegible] los supuestos en que existan pronunciamientos contradictorios en cu[illegible] a la inteligencia de una norma sustantiva, cuestión que debe encar[illegible] cumpliendo las condiciones prescriptas en el art. 383 incs. 3 y 4 C PC

5.2. Resoluciones impugnables

A través de este recurso, lo son las sentencias definitivas o autos [illegible] pongan fin al proceso, hagan imposible su continuación o cause[illegible] gravamen irreparable, dictados por la cámara de apelaciones (art. 384 C[illegible]. Se entiende por "sentencia definitiva" la que pone fin al proceso o [illegible] su continuación, produciendo efecto de cosa juzgada en sentido [illegible]

Es decir que a los efectos de poder determinar si estamos [illegible] frente a una sentencia definitiva a los fines de la casación deb[illegible] indagar si al recurrente le queda o no otro canal jurídico para supe[illegible] agravio –v.gr. otro juicio-, pues si aún cuenta con otra alternativa [illegible] solucionar su agravio, el recurso es improcedente por no ser la sent[illegible] de que se trata, definitiva.

En consecuencia, son impugnables por la vía casatoria, aquel[illegible] resoluciones que tienen eficacia suficiente para hacer cosa juzgada mate[illegible] sobre el derecho de los litigantes que es objeto del juicio [18].

Por su parte, no es definitiva -y no impugnable en casació[illegible] resolución que se dicte en los procesos que una vez terminados, no [illegible] a la promoción de otro sobre el mismo objeto (art. 384, tercer párra[illegible] como sucede -por ejemplo- con la sentencia dictada en un pr[illegible] ejecutivo, que no obsta a la promoción de un proceso declarativo p[illegible] a aquél para discutir la causa de la obligación (art. 557 ib.), o co[illegible]

(17) Fernández, Raúl E., en *Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba*. L[illegible] 8465, de Oscar H. Vénica, Lerner, Cba., 2001, t IV, ps 19 y 20

(18) González Zamar, Leonardo, comentario al recurso de casación en la obra *Código Procesal Civil. Comentado y concordado*, de las Dras Ferreyra de de la Rúa y González de la Vega de Opl, La Ley, Bs. As., 1999 2000, t. II p. 709

sentencia dictada en acciones posesorias que no hacen cosa juzgada respecto a la legitimidad del derecho a la posesión, ni sobre el derecho de propiedad, o con el resolutorio dictado en un proceso de alimentos o litis expensas que no impide que el beneficiario vuelva a pedir nuevamente alimentos (art. 778 ib.) [19].

En cuanto a los autos susceptibles de ser impugnados por la vía casatoria, son aquéllos que puedan equipararse a las sentencias definitivas, por ejemplo el auto que acoge la excepción de cosa juzgada planteada como de previo y especial pronunciamiento, o que hagan imposible la continuación del pleito (v.gr. el auto que acoge la perención de instancia), o que causen un gravamen irreparable.

Respecto a qué debe entenderse por "gravamen irreparable", cabe señalar que si bien tal calificación, deberá ser justipreciada en cada caso en particular, una pauta para tenerlo por configurado, es la posibilidad cierta de que se ocasione al quejoso un perjuicio irreparable, es decir, de imposible o insuficiente reparación ulterior en el caso de no admitirse la impugnación de que se trata. En otras palabras, el auto será recurrible por esta vía, cuando pudiere ocasionarse al justiciable un gravamen de tal magnitud que no pueda ser reparado por un hipotético fallo en su favor [20].

También procede el recurso de casación en contra de resoluciones no definitivas, cuando la causal invocada sea alguna de las previstas en los incs. 3 o 4 del art. 383 ib..

5.3. Trámite

La impugnación debe ser interpuesta fundadamente con expresa indicación del motivo casatorio en que se basa, ante la cámara de apelaciones que dictó la resolución que se impugna y dentro del plazo de 15 días de notificada la sentencia (art. 385). Presentado el recurso, se corre traslado a la contraria por el plazo fatal de 15 días y el tribunal resuelve sobre su admisibilidad, concediéndolo o denegándolo. Por su

(19) Perrachione Mario en *Teoría del proceso. Derecho procesal civil*, Jorge Zinny (director), Atenea Cba., 1997 p. 318

(20) González Zamar, ob. cit., p. 710

...arte, cuando la inadmisibilidad del recurso es manifiesta (v.gr. recu... ...oado en forma extemporánea), el tribunal no le da trámite y pue... ...nazarlo *in limine* (art. 386 ib.).

En la hipótesis de que la casación resultare concedida, se elevan la... actuaciones al Tribunal Superior, quien resuelve en definitiva. El ... cuerpo, tras efectuar un nuevo examen de admisibilidad, puede declar... nulo el procedimiento, en cuyo caso debe reenviar obligatoriamente l... autos al tribunal que corresponda para que la causa sea nuevame... tramitada y juzgada (art. 389 ib.). Tal procedimiento importa el ejerc... del *iudicium rescindens*, propio del sistema casatorio francés en el cua... anula el fallo por vicios en el procedimiento y se reenvía la causa pa... su nueva tramitación y juzgamiento.

Un ejemplo de declaración de nulidad de actos del procedimie... que obligan al reenvío obligatorio lo constituye aquél en que el trib... de casación anula el acto mediante el cual -dentro de un proc... sustanciado en rebeldía- se notificó incorrectamente la demand... demandado. En tal caso, el Tribunal Superior declara la nulidad del ... del procedimiento mencionado, y reenvía la causa al tribunal ... corresponda para que sea nuevamente tramitada y resuelta [21].

Por su parte, en los demás supuestos en que se acoge el recurso ... Tribunal Superior puede decidir el punto discutido con arreglo a derech... por lo que el reenvío es facultativo (art. 390).

6. Casación en el proceso penal (ley 8123 y modif.)

6.1. Causales

En este proceso, se admite expresamente la casación por vicios *in iudicando*, al establecerse que el recurso podrá ser interpuesto con motivo de la *inobservancia o errónea aplicación de la ley sustantiva* (art. 468 inc. 1 C.PP), la que consiste en "*la falta de aplicación al resolver el fondo del caso o de la cuestión justiciable, de la regla legal que corresponde aplicar. Su errónea aplicación, en cambio,*

(21) Perrachione, ob. cit., p. 323

en la mala, equivocada, inadecuada aplicación de una regla, ya porque sustituye a otra, ya porque es producto de la incorrecta interpretación de la ley aplicada" [22].

También se prevé la casación por vicios *in procedendo*, al establecerse que el recurso de casación procede ante la inobservancia de las normas que el Código establece bajo pena de inadmisibilidad, caducidad, o nulidad, siempre que, con excepción de los casos de nulidad absoluta, el recurrente hubiera reclamado oportunamente la subsanación del defecto, si era posible, o hubiera hecho protesta de recurrir en casación (art. 468 inc. 2).

Esta causal casatoria alude a la inobservancia de las normas que establecen formas procesales, comprendiendo esta última expresión todos los requisitos que debe revestir un acto, así v.gr. en cuanto al modo en que debe ser cumplido (art. 355), fundamentación de la sentencia (art. 408 inc. 2), congruencia entre acusación y sentencia (art. 410), etc.

6.2. Resoluciones impugnables

Pueden atacarse por este recurso, las sentencias definitivas y los autos que pongan fin a la pena, o hagan imposible que continúen o que denieguen la extinción, conmutación o suspensión de la pena (art. 469).

6.3. Trámite

El recurso debe interponerse en el plazo de 15 días de notificada la resolución cuestionada, por escrito, y fundadamente ante el tribunal que la dictó (art. 474). Una vez presentado, el tribunal decidirá acerca de su admisibilidad, lo que concretará en un proveído de apertura o denegatoria de la vía incoada (art. 475)

En el caso de concesión del recurso, se emplaza a los interesados para que comparezcan ante el tribunal de alzada en el plazo de 5 días a fin de que puedan examinar las actuaciones y presenten informes por escrito sobre sus pretensiones (arts. 475, 462, y 463) o bien lo hagan oralmente en la audiencia (arts. 477 y 476)

22) Cafferata Nores, José I y otros autores en *Manual de derecho procesal penal*, Ciencia, Derecho y Sociedad Facultad de Derecho y Cs Ss. de la U N C., 2003, p. 608.

[illegible] el Tribunal Superior dictará sentencia disponiendo el [illegible] del recurso, su acogimiento o la rectificación de errores de derecho en la fundamentación de la sentencia impugnada que no hayan influido en la parte resolutiva (art. 481).

En caso de acoger la impugnación fundada en violación o errónea aplicación de la ley sustantiva en la sentencia atacada (art. 468 inc. 1), dicho cuerpo la casará y resolverá el caso de acuerdo a la ley y doctrina aplicable (art. 479).

Es decir que *"dejará sin efecto la sentencia en relación con los puntos de la decisión impugnados y sin alterar las conclusiones de hecho definitivamente fijadas por el tribunal de juicio, aplicará la norma jurídica que corresponda para el adecuado encuadramiento jurídico del hecho, aunque no sea la invocada por el impugnante. Pero cuando la sentencia impugnada no contuviera la determinación precisa y circunstanciada del hecho que el tribunal de mérito hubiera estimado acreditado, la anulará y ordenará, aun de oficio el reenvío de la causa, para la correspondiente renovación del acto invalidado"* [23].

Por su parte, en el caso de inobservancia de formas procesales prescriptas bajo pena de inadmisibilidad, caducidad o nulidad el tribunal anulará la resolución impugnada o sólo alguna de sus disposiciones, extendiendo la ley los efectos de la invalidación a todos los actos consecutivos que de ella dependan.

7. Casación en el procedimiento de familia (ley 7676 y modif.)

7.1. Causales

En este proceso también se prevé expresamente la causal casatoria por vicios *in iudicando*, al establecerse que el recurso podrá ser interpuesto con motivo de la *inobservancia o errónea aplicación de la ley* (art. 162 inc. 1, ley 7676). Al respecto cabe tener presente que por "ley" debe entenderse en esta causal casatoria, a toda norma general y abstracta reguladora del fondo de la cuestión litigiosa y sobre las que ha de fundarse el fallo [24], la

(23) Cafferata Nores y otros autores *Manual* .., ob cit., p 614

(24) Cafferata-Ferrer Martínez-Zinny-Feit, *Tribunales de Familia de la Provincia de Córdoba Ley 7676*, Alveroni, Cba., 1993, p 518.

que consiste en *"la falta de aplicación al resolver el fondo del caso o de la cuestión incidental, de la regla legal que corresponde aplicar. Su errónea aplicación, en cambio, es la mala; equivocada, inadecuada aplicación de una regla, ya porque sustituye a otra ya porque es producto de la incorrecta interpretación de la ley aplicada"* [25].

Asimismo se prevé la casación por vicios *in procedendo*, al establecerse que el recurso de casación procede ante la inobservancia de las normas prescriptas bajo pena de inadmisibilidad, o de nulidad, siempre que el que lo interpone haya reclamado oportunamente la subsanación del defecto (art. 162 inc. 2 ib.).

Esta causal entronca con la garantía del debido proceso adjetivo, y desde a las normas que establecen las formas procesales que deben acatarse para obtener una resolución válida. La violación o inobservancia que autoriza el recurso de marras, puede encontrarse en el trámite seguido hasta dictarse la resolución o en ésta.

También concreta la causal "uniformadora de la jurisprudencia", al establecer que procede el recurso de casación por sentencias contradictorias, fundada en la diversa interpretación legal dada en la resolución recurrida, en contraposición a la propiciada por otro tribunal de igual grado de la provincia (art. 162 inc. 3), o por el Tribunal Superior en un fallo dictado en virtud de un recurso fundado en algunos de los motivos contemplados en el art. 162 (inc. 5 ib.).

7.2. Resoluciones impugnables

Pueden atacarse por este recurso, las sentencias definitivas (art. 163 ib.) dictadas por las cámaras de Familia, sea como tribunal de alzada de decisiones pronunciadas por los jueces de familia, sea como de instancia única (art. 162 ib.)

7.3. Trámite

El recurso debe interponerse en el plazo de 10 días de notificada la resolución cuestionada, por escrito, y fundadamente ante el tribunal que la

(25) Cafferata Nores y otros autores, *Manual...*, ob. cit., p. 608

dictó (art. 165). Una vez presentado, la Cámara decidirá acerca de su admisibilidad, lo que concretará dentro de los 3 días de interpuesto (art. 168).

En el caso de concesión del recurso, elevará los autos al Tribunal Superior, los que serán puestos a la oficina a los fines de que los litigantes puedan efectuar los informes. Se prevé la intervención del Ministerio Público en el trámite del recurso, si en el pleito hubiera intervenido el fiscal de Familia (art. 170).

Finalmente el Tribunal Superior dicta sentencia.

En caso de procedencia de la impugnación fundada en inobservancia de las formas procesales (art. 162 inc. 2°), el Tribunal Superior anulará lo actuado y remitirá los autos al Tribunal que corresponda para su sustanciación no pudiendo intervenir ninguno de los jueces que concurrieron a dictar sentencia (art. 173).

En cambio cuando el recurso se funda en los demás incisos del art. 162, la sentencia se revoca y el Tribunal Superior dicta un nuevo fallo que sustituye al anterior.

8. Casación en el procedimiento laboral (ley 7987 y modif.)

8.1. Causales

Procede por inobservancia o errónea aplicación de la ley o Convención Colectiva de Trabajo (art. 99 inc. 1 ib.), es decir refiere a "errores *in iudicando*", que tienen lugar "cuando se aplica un norma que no se ajusta a los hechos pasados ante el tribunal o bien cuando a la disposición aplicada se le asigna un significado y una extensión que no tiene. Puede el error consistir asimismo en el sentido que se dé a una cuestión de carácter netamente procesal, como sería alterar las reglas de la carga de la prueba, de donde cabe concluir que *"la inobservancia o errónea aplicación de la ley se refiere tanto a la ley sustantiva cuanto a la adjetiva"* [26].

También procede el recurso por inobservancia de las normas establecidas bajo pena de inadmisibilidad, caducidad o nulidad siempre

(26) Somaré-Mirolo, *Comentario a la ley procesal del trabajo de la provincia de Córdoba* N° 7987 Advocatus, Cba., 1991, p. 541

[illegible] caso del art. 33 inc. 1, el recurrente hubiera [illegible] la subsanación del defecto -si era posible- o [illegible] protesta de recurrir en casación (art. 99 inc. 2 ib.)

8.2 Resoluciones impugnables

[illegible] proceso, el arbitrio casatorio sólo puede deducirse en contra [illegible] sentencias definitivas dictadas en juicio oral por las cámaras o [illegible] Trabajo (art. 98 L.P.T.).

8.3 Trámite

[illegible] recurso debe interponerse en el plazo de 10 días de notificada la [illegible] cuestionada, por escrito y fundadamente, ante el tribunal que [illegible] (art. 100). Una vez presentado el recurso, el tribunal que emitió la [illegible] procederá a examinarlo para decidir acerca de su admisibilidad, [illegible] tal cuestión en el plazo de 5 días (art. 101).

[illegible] caso de concesión, eleva las actuaciones ante el Tribunal Superior, [illegible] una vez admitido el recurso, se ponen los autos a la oficina por el término [illegible] días para que las partes informen sobre sus pretensiones (art. 102).

Seguidamente, el Tribunal Superior dictará sentencia previa [illegible] vención del Ministerio Público (art. 103).

Al respecto cabe precisar que si se acoge el recurso por la causal [illegible] vista en el art. 99 inc. 1, el tribunal casará el fallo y lo resolverá de [illegible] rdo a la ley y doctrina aplicables (art. 104).

Por su parte, si se hace lugar al recurso que ha sido interpuesto al [illegible] paro de la causal estipulada en el art. 99 inc. 2, el Tribunal anulará [illegible] resolución impugnada, los actos cumplidos de modo irregular o el [illegible] bate en la anterior instancia si fuere necesario y remitirá las [illegible] tuaciones a la Cámara del Trabajo en turno a la que le sigue si aquella [illegible] era la causante de la nulidad.

[illegible] Cuando el fallo del Tribunal Superior no anule todas las disposiciones de la resolución casada, establecerá qué parte de ella queda firme, y si lo estimara procedente, decidirá el punto discutible (art. 105).

II. RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD

1. Introducción

Un ordenamiento jurídico es un sistema de normas en el cual la validez de cada una de ellas se encuentra sustentada en una superior, la que a su vez encuentra su fundamento en otra y así sucesivamente hasta llegar a la norma fundante o constitucional, la que -en la teoría pura del derecho- tiene un fundamento hipotético [27].

De tal modo, el orden jurídico estatal consiste -como lo sostiene Kelsen- no en un sistema de normas situadas una al lado de la otra, sino en una serie escalonada de normas estando el grado supremo de tal orden formado por la Constitución, y el grado inmediato por las normas generales creadas por el procedimiento legislativo cuya función consiste no sólo en determinar los órganos y el procedimiento, sino también el contenido de las normas individuales.

Ahora bien, la herramienta idónea para asegurar ese orden "escalonado" de normas -tanto en su forma como en su contenido- y la primacía de la Carta Magna, se encuentra en la función jurisdiccional, correspondiendo al órgano judicial el poder-deber de declarar la inconstitucionalidad de una norma jurídica, como *ultima ratio* para afirmar la supremacía constitucional.

De tal modo, "*así como la ley debe crearse por el método y los contenidos que la Constitución señala, y la sentencia y el acto administrativo por los métodos y con los contenidos señalados por la ley, de arriba hacia abajo, los jueces de abajo hacia arriba deben verificar la constitucionalidad de las normas legislativas, administrativas y judiciales*" [28], correspondiéndole al Tribunal Superior de Justicia la última palabra en la esfera provincial, y a la Corte Suprema de Justicia de la Nación cualquiera sea el orden donde haya sido planteada la cuestión

(27) Kelsen, Hans, *El método y los conceptos fundamentales de la teoría pura del derecho*, trad. de Legaz y Lacambra, Ed. Rev. de Derecho Privado, Madrid, 1933, según cita de Podetti, Ramiro en su obra *Derecho procesal civil, comercial y laboral. Tratado de los recursos*, t. V, p. 322.

(28) Podetti, Ramiro J. *Derecho procesal civil, comercial y laboral. Tratado de los recursos*, Ediar, Bs. As., 1958, t. V, p. 325.

constitucional -nacional o provincial y en la forma prevista en la ley- como último custodio de la Constitución [29].

El control de constitucionalidad en la órbita de nuestra provincia de Córdoba, es susceptible de ser realizado a través de dos vías claramente diferenciables [30]. Por un lado, puede ser llevado a cabo en forma directa a través de la acción declarativa de inconstitucionalidad (art. 165 inc. 1 apartado "a" de la Constitución Provincial), y por otro, en forma indirecta, reclamando la efectivización de tal control, dentro del marco de un proceso judicial.

A través de la primera de las vías mencionadas, se efectúa el control directo de inconstitucionalidad, en instancia originaria y en pleno por ante el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba y en forma exclusiva, esto es desprovisto de toda otra cuestión incidental. Este carril autónomo tiene por objeto el control de la validez constitucional de las leyes. De tal modo, cuando la ley entra en colisión con las normas consagradas en la Constitución, cobra vigencia la acción autónoma de inconstitucionalidad.

En consecuencia, a través de esta acción *"se persigue concretamente una declaración de inconstitucionalidad de una norma individualizada, que al transgredir el orden jurídico fundamental, genera un interés suficiente por parte de quien se siente afectado de un modo diferenciado en su esfera jurídica"* [31].

Mediante la segunda vía referida, el control de constitucionalidad puede ser realizado por cualquier juez provincial, conociendo en última instancia el Tribunal Superior de Justicia a través del *recurso de*

(29) Podetti señala que la facultad judicial de declarar la inconstitucionalidad de una norma jurídica en nuestro país, es "una resultancia del ejemplo de Estados Unidos y de la obra de su Corte Suprema, a través de la enmienda XIV de la Constitución Federal. A raíz de ello se generalizó el concepto del gobierno de los jueces...". "Es evidente que la Corte Federal y algunas cortes estaduales utilizaron esa poderosa arma como un medio de frenar el avance de las ideas sociales, lo cual provocó dificultades y conflictos bien conocidos a algunos presidentes". "Pero fue también un valioso y decisivo apoyo a la legalidad, a la primacía de la legislación federal sobre la de los estados y al mantenimiento del orden y de la unidad...". "Y siguiendo la senda marcada por el más alto tribunal del país, los jueces nacionales y provinciales manejaron y manejan con prudencia y eficacia ese poderoso instrumento de gobierno que la Constitución y la ley pusieron en sus manos". Ob. cit., ps. 330 y 331.

(30) La investigación sobre el control de constitucionalidad que aquí se emprende, estará referida con exclusividad al ámbito del proceso civil, y más específicamente al recurso de inconstitucionalidad previsto en el art. 391 y ss. C.P.C.

(31) Así lo sostiene María Inés Ortiz, en "La acción declarativa de inconstitucionalidad", Foro de Córdoba N° 39, 1997, p. 81.

inconstitucionalidad. En este supuesto, la cuestión constitucional va injertada dentro de una controversia principal en la que el derecho de la parte "ha sido afectado por una violación ya consumada y el proceso sirve para restablecer la vigencia y efectividad del orden jurídico alterado" [32].

En los siguientes párrafos examinaremos el recurso de inconstitucionalidad, procurando establecer los principales aspectos referidos a su noción, objeto, condiciones de admisibilidad y procedencia, determinar cuál es la competencia del tribunal del recurso (negativa o positiva, o ambas en qué hipótesis), como así también sus efectos.

2. Noción del instituto

El recurso de inconstitucionalidad constituye un remedio extraordinario de carácter procesal instituido para mantener la supremacía de la Constitución, cuando ello sea necesario para obtener la justicia del caso.

Mediante este recurso, se atribuye al Tribunal Superior de Justicia en pleno, el poder-deber de declarar la inconstitucionalidad de las normas repugnantes a la Constitución (arg. art. 165 inc. 2 de la Constitución Provincial) contenidas en las resoluciones judiciales susceptibles de ser tachadas por este recurso extraordinario.

En consecuencia, el recurso de inconstitucionalidad constituye la herramienta idónea para defender los derechos y garantías consagrados por la Constitución, cuando resulten conculcados por una sentencia que se ha pronunciado sobre la validez de una ley, decreto, ordenanza o reglamento pretendidos como contrarios a la constitución, o en contra de la validez de tales derechos y garantías, fundados en una cláusula de la Constitución cuya inteligencia se cuestiona. El recurso de inconstitucionalidad en rigor, es una verdadera casación constitucional, que debe diferenciarse de la casación común, por ser diverso su objeto.

De ello deriva que no sea "indiferente" la utilización de uno u otro medio impugnativo, por cuanto ambos recursos persiguen finalidades bien diversas.

(32) Esta clara definición fue consignada por el prestigioso jurista cordobés Dr. Abad Hernando, en oportunidad de emitir pronunciamiento como miembro del Tribunal Superior en la Sent. N° 50 del 5 de agosto de 1983 publicada en L.L.C., 1984, p. 239 y ss..

En esta línea, puede consignarse que "*el objeto del recurso de inconstitucionalidad es la ley misma, en cuanto a su validez constitucional: el examen que provoca se refiere a la congruencia o discordancia de la ley con la Constitución y no puede fundarse, en principio, en que la sentencia misma sea inconstitucional. El objeto del recurso de casación, en cambio, es la sentencia en cuanto en ella se interpreta y aplica la ley: el examen se refiere a la adecuación de la sentencia a las normas legales; en nada influye que esa ley sea sustantiva o procesal, y que siendo procesal las formas estén establecidas constitucionalmente o no: sólo cuenta cuáles sean las formas cuya infracción admite el recurso*" [33].

3. Objeto de impugnación

En una primera etapa y en base a un criterio restringido, el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba sólo efectuaba el control de constitucionalidad local, derivando a la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el control de constitucionalidad federal.

Posteriormente, la Corte Suprema de Justicia de la Nación se pronunció en la causa "Strada" [34] donde además de establecer cuál es el "tribunal superior de provincia" según el art. 14 de la ley 48, expresó que "todos los jueces de cualquier jerarquía y fuero pueden interpretar y aplicar la Constitución y las leyes de la Nación en las causas cuyo conocimiento les corresponde. No se alcanza a percibir entonces, cómo podría compatibilizarse con esas premisas, la prohibición de que un magistrado argentino, federal, nacional o provincial, sea cual fuere su competencia, se pronuncie sobre las cuestiones constitucionales que pudiesen proponerse en los asuntos que deba juzgar..." y que "... la introducción de una cuestión federal (art. 67 inc. 27 C.N.) no basta para privar a los tribunales (provinciales) de la jurisdicción que les compete para conocer y decidir las causas regidas por normas locales".

Esta tesis fue luego ratificada y ampliada por la Corte Suprema en el caso "Di Mascio" [35], donde -en lo que es de interés para el tópico en

(33) De la Rúa Fernando, ob. cit., p. 263.
(34) Fallos 308-1:490.
(35) Fallos 311:2478

tratamiento- consignó que "La intervención del tribunal superior de provincia es necesaria en virtud de la regulación que el legislador nacional hizo del art. 31 C.N. de modo que la legislatura local y la jurisprudencia de sus tribunales no pueden vedar el acceso a aquel órgano en tales supuestos, v.gr. por el monto de la condena, por el grado de la pena, por la materia, o por otras razones análogas" y que "... las decisiones aptas para ser resueltas por la Corte Federal no pueden ser excluidas del conocimiento de las cortes locales, por las provincias...".

Tal jurisprudencia postulada por el máximo tribunal del país, fijó el rumbo a seguir en la materia e implicó para el Tribunal Superior de Justicia la necesidad de reexaminar su doctrina restrictiva inveteradamente sostenida, según la cual sólo tenía facultad para efectuar el control de constitucionalidad local.

Así entonces, propulsado por la impronta que significó la doctrina de los casos "Strada" y "Di Mascio", el cimero tribunal local comenzó a transitar una nueva etapa en la que superando definitivamente la orientación restringida, además de conocer de las controversias sustentadas en normas de la Constitución Provincial, ingresa al tratamiento de las fundadas en preceptos de la Constitución Nacional.

La tesis abrazada finalmente por el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba -como ha quedado expuesta-, importa una concepción amplia de los alcances del control de constitucionalidad provincial mediante el recurso de inconstitucionalidad, el que si bien ha sido concebido para dirimir conflictos de normas emergentes de las autonomías locales, no obsta a que la verificación de su regularidad constitucional se efectúe con sustento en los preceptos de la Constitución Nacional.

4. Causales

Los ordenamientos rituales admiten la procedencia del recurso de marras cuando la sentencia viola un derecho o garantía o excención, fundado en una cláusula constitucional, o cuando la resolución se basa en una ley, decreto o reglamento contrario a determinada cláusula o garantía contemplada en la Constitución (arg. arts. 391 incs. 1 y 2 C.P.C.; 483 C.P.P.; 107 L.P.T.; 162 inc. 4, ley 7676).

5. Resoluciones impugnables y trámite

Sobre el tópico, los ordenamientos procesales establecen que el presente recurso procede contra las mismas resoluciones en que es viable interponer el recurso de casación (arts. 392 C.P.C.; 483 C.P.P.; 107 L.P.T. y 162 inc. 4, ley 7676) y que se sustancia por el mismo trámite previsto para aquél, con la única diferencia que en la instancia ante el Tribunal Superior de Justicia, éste resolverá previa vista al fiscal general (art. 393 C.P.C.).

III. RECURSO EXTRAORDINARIO FEDERAL

Esta vía impugnativa de naturaleza excepcional es la herramienta con aptitud para custodiar que se cumpla el mandato que contiene el art. 31 C.N., autorizando a la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a hacer prevalecer la Carta Magna cuando la norma aplicada la contravenga.

Es decir que a través de este medio extraordinario, se realiza el control de constitucionalidad de las leyes, dando lugar a *"una jurisdicción constitucional que se plantea por vía de recurso, en un sistema concentrado que coexiste con el difuso... y que tiene por objeto principal desaplicar la norma que viole la Constitución, disponiendo, en su lugar, la aplicación de la norma fundamental conforme al principio indiscutible de la primacía constitucional"* [36].

Se trata de una impugnación extraordinaria porque es un medio extremo y último en cuanto sólo autoriza el conocimiento de cuestiones federales fijadas taxativamente por la norma.

Siguiendo a Sagüés, puede decirse que los fines históricos del recurso extraordinario son tres: garantizar la prevalecencia de las instituciones, normas y actos federales; asegurar el imperio de la Const. Nac. por sobre autoridades federales y provinciales y realizar la casación en el derecho federal. A tal télesis, cabe agregar un cuarto fin acuñado modernamente, conforme al cual tal vía se perfila como un recurso de justicia y equidad [37].

(36) Véscovi, Enrique, *Los recursos judiciales y demás medios impugnativos en Iberoamérica*, Depalma, Bs. As., 1988, p. 405. Este autor señala que la génesis del recurso en estudio, se encuentra en la "Judiciary Act" de los EE.UU. de 1789 cuyo texto es muy similar al argentino y tiene por objeto, reforzar la autoridad federal, por lo cual se admite en cuanto se lesiona el derecho federal.

El recurso extraordinario federal se encuentra instituido en la ley 48, y faculta a la Corte Suprema a revisar las resoluciones judiciales en cuanto puedan afectar normas constitucionales y también leyes federales que puedan verse contradichas por otras de rango inferior o que hayan sido dictadas por órganos incompetentes.

La Corte entonces, es el único tribunal con competencia para resolver en definitiva el mentado recurso, interpuesto en contra de la sentencia dictada por el tribunal superior de la causa, que en el caso de nuestra provincia y a partir de las causas "Strada" y "Di Mascio", se considera como tal, el fallo emanado del Tribunal Superior de Justicia. También son recurribles las resoluciones definitivas pronunciadas por los órganos judiciales pertenecientes al orden nacional.

Las causales por las que se autoriza la interposición de la impugnación extraordinaria que nos ocupa, están contempladas en el art. 14 de la ley 48, cuyos tres incisos tienen como denominador común el hecho de que la resolución objeto del recurso desconoce la supremacía constitucional establecida por el art. 31 C.N.. Queda por lo tanto excluida en principio, la posibilidad de controlar las cuestiones de hecho, y las de derecho local, salvo la excepción que consagra la doctrina de la "arbitrariedad".

Ello significa entonces, que las causales que habilitan el control federal de constitucionalidad están contempladas en el art. 14 de la ley 48, pero que éstas han sido ampliadas pretorianamente por la propia Corte Suprema a partir de la elaboración de la doctrina de la "arbirtrariedad de las sentencias", conforme a la cual se autoriza este recurso, cuando la decisión pese a versar sobre cuestiones de pruebas, derecho procesal, derecho local, infiera un agravio constitucional por no constituir -en los términos de la Corte- "una derivación razonada del derecho vigente con arreglo a las circunstancias comprobadas de la causa".

En base a esta causal de arbitrariedad, la Corte ha anulado sentencias dictadas por tribunales provinciales que habían incurrido en tal defecto cuando por ejemplo su fundamentación revela un desconocimiento

(37) Sagüés, Nestor Pedro, *Recurso extraordinario*, Depalma, Bs. As., 1984, t. I, p. 282.

palmario del derecho, o una inadecuada consulta a las constancias de la causa por omisión de valorar prueba dirigente, etcétera.

En tales casos, atento que las conclusiones de tales fallos no resultan coherentes con la situación real que se plantea en el proceso, merecen ser descalificadas por arbitrarias. En efecto, tal tacha les corresponde porque con tales ostensibles irregularidades dichas resoluciones, conculcan las reglas constitucionales que garantizan el debido proceso y la defensa en juicio.

Merece destacarse que en base a esta doctrina de la arbitrariedad que -como bien dice Véscovi- es de puro cuño argentino, la Corte Suprema ha podido invalidar el "exceso ritual manifiesto" que en cuanto importa el culto del formalismo por la forma misma, atenta en contra de la verdad jurídica objetiva en el proceso.

Por su parte, cabe tener presente que la llamada "cuestión federal" o "cuestión constitucional" debe haber sido planteada en forma oportuna y mantenerse durante el trámite del proceso. En efecto, el planteo tempestivo de la cuestión, deviene en una condición de admisibilidad formal del recurso.

Resta señalar que el recurso se interpone en el plazo de 10 días por escrito, ante el tribunal superior de la causa. Luego de correr traslado a la contraria, el tribunal se expide sobre la concesión del recurso o su negativa, a cuyo fin efectúa un control de admisibilidad de la impugnación.

Concedido el recurso se eleva el expediente a la Corte para que se avoque a su conocimiento, siendo de aplicación lo dispuesto por el art. 257 C.P.C.N.. En caso contrario, la parte vencida puede ocurrir directamente en "queja" ante el máximo tribunal.

Si la Corte Suprema admite el recurso, puede reenviar la causa al tribunal competente para que falle de conformidad con el derecho establecido, o bien resolver el fondo del asunto (art. 16 ley 48).

En caso que lo rechace, la sentencia recurrida pasa en autoridad de cosa juzgada al quedar confirmada por la Corte, pudiendo procederse a su ejecución.